



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ

SAMARA CANTEIRO RESQUIN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS MORAIS
CAUSADOS AOS PRESOS DEVIDO A SUPERLOTAÇÃO
CARCERÁRIA.**

SAMARA CANTEIRO RESQUIN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS MORAIS
CAUSADOS AOS PRESOS DEVIDO A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA**

Trabalho de Conclusão Curso – TCC
apresentado à Banca Examinadora das
Faculdades Integradas de Ponta Porã, como
exigência parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Mauro Alcides Lopes
Vargas.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R429r Resquim, Samara Canteiro.

Responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos presos devido à superlotação carcerária /
Samara Canteiro Resquim– Ponta Porã, MS, 2019.
66p.; 30 cm.

Orientador (a): Profº. Esp. Mauro Alcides Lopes Vargas

Monografia (graduação) – Faculdades Integradas de Ponta Porã - MS. Curso de Direito.

1. Sistema Penitenciário. 2. Direitos Humanos. 3. Responsabilidade Civil do Estado. 4. Dano Extra-patrimonial. I. Vargas, Mauro Alcides Lopes. II. Título.

CDD: 341.582

SAMARA CANTEIRO RESQUIN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS MORAIS
CAUSADOS AOS PRESOS DEVIDO A SUPERLOTAÇÃO CAR-
CERÁRIA.**

Trabalho de Conclusão Curso – TCC.
Apresentado à Banca Examinadora das
Faculdades Integradas de Ponta Porã, como
exigência parcial para obtenção do título de
Bacharel/Licenciado em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Esp. Mauro Alcides
Lopes Vargas.
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Avaliadora: Prof^a. Ma. Janaína Ohlweiler
Milani Faculdades Integradas de Ponta
Porã.

Avaliadora: Prof^a. Ma. Gianete Paola
Butarelli
Faculdades Integradas de Ponta Porã

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes”
(Nelson Mandela, A Long Walk to Freedom)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por ser meu refugio em todos os momentos e por todas as bênçãos derramadas em minha vida.

Aos meus familiares, em especial aos meus pais Sônia e Luiz por sempre me apoiarem durante toda a graduação, pelo amor transmitido, pelo esforço empreendido, pela confiança depositada, e por toda palavra de alento proferida. Sempre terei profundo e sincero agradecimento e saibam que os amo demasiadamente.

Obrigada à minha querida avó Teodocia, por nunca duvidar do meu potencial e pelas constantes orações realizadas em meu nome.

Ao meu namorado, Alex Augusto, por todo o apoio, amor, dedicação e companheirismo divididos durante esses oito anos de relacionamento, em especial pelos últimos quatro anos, no qual partilhamos todos os conhecimentos obtidos durante as aulas e estágios realizados. Obrigada por ter caminhado comigo. Amo-te hoje e para sempre!

Ao meu orientador, Mauro, por todo o conhecimento dividido e por todo o esforço e dedicação para comigo. Obrigada por toda a ajuda dada durante esse longo caminhar.

Agradeço também aos docentes do curso de Direito das Faculdade Integradas de Ponta Porã, por toda a dedicação e ensinamentos, pelo exemplo de profissionais que vocês demonstraram ser. Às professoras Gianete, Lysian e Janaina pelo exemplo de mulheres e profissionais, por sempre demonstrarem a força e garra em tudo aquilo que se propõem a fazer.

Um agradecimento especial a todos os profissionais que cruzei durante os cinco anos de estagio que realizei, obrigada por cada lição da vida e também profissional transmitida. Por cada palavra de carinho e cada conselho dado. Todos foram e serão de grande valia tanto em minha vida profissional quanto no em minha vida pessoal.

Por fim, um grande agradecimento ao Defensor Público Lucas Colares Pimentel, pelo exemplo de profissional e de pessoa, por mostrar que é possível, mesmo com todas as dificuldades do dia a dia, ser paciente e dedicado em tudo aquilo que se faz. Obrigada, também, ao assessor Danilo, por todos os ensinamentos divididos.

RESQUIN, Samara Canteiro. **Responsabilidade Civil do Estado por danos morais causados aos presos em razão da superlotação carcerária**. 2019. p. 66. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP/MAGSUL, Ponta Porã, 2019.

RESUMO

RESUMO: A sociedade atualmente possui uma falsa ideia de impunidade, acreditando que o Brasil não pune àqueles que cometem infrações. Contudo, o é que o Brasil há muito tempo vive um cenário caótico em seu sistema carcerário, segundo dados do Departamento Penitenciário, grande parte dos estados possuem superlotação carcerária e estão cometendo graves violações aos direitos humanos das pessoas encarceradas. O número de prisões a cada ano aumenta, o que acaba agravando a situação ora vivenciada. Os Poderes da República não demonstram a capacidade de reduzir com a situação de hiperencarceramento. Sabendo das informações destacadas, o presente trabalho científico teve como objetivo analisar qual a responsabilidade civil do Estado por submeter os presos a condições que violam grande parte de seus direitos constitucionais, bem como aclarar a população o real cenário prisional do Estado do Mato Grosso do Sul. Com o fim de atingir os objetivos da presente pesquisa, foi utilizado o método indutivo, pois partiremos do caso partilar do Recurso Extraordinário nº 580.252-MS, cujo tema versa especificamente sobre a possibilidade do Estado de indenizar o preso que viveu em situações degrades enquanto estava custodiado. Foi feito também um estudo documental e bibliográfico, na medida que através da análise de relatórios disponibilizados pelos órgãos oficiais, como o Departamento Penitenciário e o Conselho Nacional de Justiça, bem como através de doutrinas que embasam a fundamentação teórica da pesquisa. As conclusões obtidas ao final do estudo apontam para a falha do Estado no cumprimento de suas obrigações para com os reeducandos, a sua omissão na proteção da dignidade da pessoa humana o que ocasiona danos morais aos detentos.

Palavras-chave: Sistema penitenciário brasileiro. Direitos Humanos. Responsabilidade civil do Estado. Dano extrapatrimonial.

RESQUIN, Samara Canteiro. **Responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados a los detenidos en razón del hacinamiento carcelario**. 2019. p.66. Trabajo de Conclusion (Graduacion en Derecho) – Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP/MAGSUL, Ponta Porã, 2019.

RESUMEN

RESUMO: La sociedad actualmente posee una falsa idea de impunidad, creyendo que en Brasil no se castiga a aquellos que cometen infracciones. Sin embargo, ha mucho tiempo Brasil vive un escenario caótico en su sistema carcelario, según datos del Departamento Penitenciario, gran parte de los estados poseen superlación carcelaria y están cometiendo graves violaciones a los derechos humanos de las personas detenidas. El número de prisiones cada año aumenta, lo que acaba agravando la situación ya vivida. Los Poderes de la República no demuestran la capacidad de reducir con la situación de hiperencarceramiento. El presente trabajo científico tuvo como objetivo analizar cuál es la responsabilidad civil del Estado por someter a los presos a condiciones que violan gran parte de sus derechos constitucionales, así como aclarar a la población el real escenario prisional del Estado de Mato Grosso do Sul. Con el fin de alcanzar los objetivos de la presente investigación, se utilizó el método inductivo, pues partiremos del caso particular del Recurso Extraordinario nº 580.252-MS, cuyo tema versa específicamente sobre la posibilidad del Estado de indemnizar al preso que vivió en situaciones degrantes, enquanto estaba custodiado. Se hizo también un estudio documental y bibliográfico, en la medida que através de la análisis de informes disponibilizados por los órganos oficiales, como el Departamento Penitenciario y el Consejo Nacional de Justicia, así como através de doctrinas que sustentan la fundamentación teorica de la investigación. Las conclusiones obtenidas al final del estudio apuntan a la falla del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones para con los reeducandos, su omisión en la protección de la dignidad de la persona humana lo que ocasiona daños morales a los detenidos.

Palabras clave: Sistema penitenciario brasileño. Derechos humanos. Responsabilidad civil del Estado. Daño moral.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
LEP	Lei de Execução Penal
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
ONU	Organização das Nações Unidas

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1** – Barraca improvisada em que os presos permaneciam..... 36
- Figura 2** – Torneira próxima ao vaso sanitário é utilizada para eliminar dejetos e para as pessoas se banharem 37

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Taxa de aprisionamento no Brasil entre os anos de 2000 e 2016

.....
34

Gráfico 2 – Taxa de aprisionamento por Unidade da Federação

.....
34

Gráfico 3 – Vagas e déficit por natureza da prisão ou tipo de regime

.....
35

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DOS ENCARCERADOS	17
1.1 Conceito.....	17
1.2 A mesopotâmia.....	18
1.3 A Grécia.....	18
1.4 Roma.....	19
1.5 As revoluções.....	20
1.6 Revolução francesa.....	20
1.7 A revolução industrial.....	21
1.8 Primeira Guerra Mundial.....	21
1.8.1. Segunda Guerra Mundial.....	22
1.8.2 Declaração de Viena.....	23
1.9 Direitos fundamentais.....	23
1.9.1 Dos direitos fundamentais assegurados aos presos.....	24
1.9.2 Regras mínimas de Mandela.....	25
CAPÍTULO 2 DA ATUAL CONDIÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	28
2.1 Do dever de assistência.....	28
2.2 As unidades penais na legislação.....	29
2.3 Da penitenciária.....	30
2.4 Da colônia agrícola.....	30
2.5 Da casa do albergado.....	31
2.6 Centro de observação.....	31
2.7 Do hospital de custódia.....	32
2.8 Da cadeia pública.....	33
2.9 A situação dos estabelecimentos penais brasileiros com enfoque no estabelecimento penal Ricardo Brandão.....	33
2.9.1 Do estabelecimento penal Ricardo Brandão - presídio destinado a presos em regime fechado.....	38
CAPÍTULO 3 DO NASCIMENTO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	41
3.1 Considerações iniciais.....	41
3.2 Dano moral.....	42
3.3 Da origem histórica da responsabilidade civil.....	43
3.4 Das teorias civilistas: dos atos de gestão e atos de império.....	43
3.5 Da teoria publicista: da culpa do serviço/culpa anônima.....	45

3.6 Teoria responsabilidade objetiva do Estado: teorias do risco integral e risco administrativo.....	46
3.7 Da responsabilidade aquiliana do Estado com base nas constituições brasileiras.....	47
3.8 Dos elementos da responsabilização: conduta, dano e nexos causal.....	49
3.9 Classificação da conduta	50
3.9.1 Da responsabilidade pela omissão estatal	50
3.9.2 Causas excludentes de responsabilidade	52
3.9.3 Possibilidade de indenizar os presos pelos danos morais causados: Recurso Extraordinário nº 280.252 – MS.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	59
ANEXOS	63
ANEXO A – PORTARIA Nº 005/2012 DA VARA CRIMINAL DE PONTA PORÃ	64
ANEXO B – PORTARIA Nº 005 DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PONTA PORÃ.....	65

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do ente estatal é considerada um mandamento constitucional de eficácia plena, pois está inserida no §6º do artigo 37 da Constituição Federal, não carecendo de qualquer norma legal para complementá-la. O constituinte determinou que o Estado possuísse uma obrigação objetiva de reparar os prejuízos que seus atos, sejam comissivos ou omissivos, causassem a terceiros.

O presente trabalho científico pretendeu expor a realidade dos estabelecimentos penais do Estado de Mato Grosso do Sul, em especial da cidade de Ponta Porã. Evidenciou-se que a situação dos presídios brasileiros está em situação precária e superlotada há anos. Segundo dados levantados verificou-se que existem cerca de 690 (seiscentos e noventa) mil pessoas presas, existindo um déficit de cerca 200 (duzentas) mil vagas.

Sabendo da superlotação carcerária e da existência de violação de direitos dos presos, surge a indagação se há possibilidade de reparar os danos infringidos aos presos pela situação das penitenciárias?

Nesse linha de pensamento, buscou-se analisar a existência de responsabilidade civil do Estado pela violação dos direitos fundamentais dos presos, sob a perspectiva do caso piloto Recurso Extraordinário nº 580.252 MS. De forma sucinta, esse recurso refere-se ao caso do preso A.N.S, condenado à pena de 20 anos de reclusão, o qual, à época dos fatos, estava sendo custodiado no Estabelecimento Penal de Corumbá (MS), em regime fechado.

Ocorre que, o mencionado estabelecimento já naquele período estava em péssimas condições devido à superlotação carcerária, inclusive, havendo pedido para interdição do local pelo Ministério Público¹. Sendo assim, devido às péssimas condições do estabelecimento, A.N.S ajuizou uma ação na Vara Cível da Comarca de Corumbá, visando ao recebimento de um salário mínimo enquanto permanecesse submetido àquela situação de desrespeito aos seus direitos fundamentais.

Desse modo, tendo como base tal caso, pretendemos adentrar ao tema da responsabilidade do Estado, especificamente, no que diz respeito ao seu dever de

¹ Nelson Urt. Cooperação mútua busca melhorias na Segurança Pública de Corumbá. 22/04/2009. Disponível em: ><http://diarionline.com.br/index.php?s=noticia&id=67>< Acessado em 10 de dez. de 2018

“garante” imposto pelo constituinte para proporcionar condições mínimas para que aos presos vivam de forma digna. Abordaremos a responsabilidade civil por sua omissão e os danos decorrentes de tais violações. Destaca-se que o caso de A.N.S passou por análise em todas as instâncias e ao final, através do recurso extraordinário, chegou até a Suprema Corte Brasileira, a qual reconheceu a repercussão geral do tema em questão, e, o julgou no ano de 2017.

Neste momento é importante, também, informar quais foram as motivações que levaram a escolha do presente tema, elucidando que o principal motivo se deu em razão da sensação de impunidade que a população tanto local quanto nacional está sentindo. Essa sensação é demasiadamente incorreta, sendo necessário expor qual o atual cenário prisional brasileiro. O motivo pessoal determinante para a escolha do tema da responsabilidade extracontratual do Estado, se deu em razão do estágio realizado por esta pesquisadora na Defensoria Pública Estadual desta cidade, a qual, por vezes chegou a presenciar as queixas que os custodiados possuem com relação às condições do local onde são colocados. Desse modo, emergiram questionamentos, surgindo à necessidade tanto pessoal como social de abordar um tema tão negligenciado na atualidade.

Dessa maneira, através de pesquisas realizadas em diversos bancos de teses (SciElo, Google Acadêmico, Banco de Teses da Usp), notou-se que existem poucos trabalhos versando sobre responsabilidade extracontratual do Estado por consequência da atual situação carcerária brasileira, em verdade, em sua grande maioria os trabalhos discorrem sobre o âmbito nacional de modo geral, nenhum versando sobre o tema sob enfoque no caso piloto.

Nesse sentido, visando a elucidar sobre a inovação do presente trabalho, segue abaixo tabela contendo resultado da pesquisa supramencionada, na qual foi possível constatar a singularidade do presente texto científico:

Autor	Título	Nível	Instituição	Ano
MENEGAZZI,A, ARGERICH,E, PERIN, L, Strücker, B.	Realidade prisional brasileira e o (des) respeito a dignidade do preso.	Resumo acadêmico – Graduação	Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul	2017
JACQUES, Rúbia Araújo.	Responsabilidade Civil do Estado por danos morais decorrentes da superlotação	Graduação	Universidade do Sul de Santa Catarina	2017

		carcerária: análise do recurso extraordinário nº 580252			
DAVID, Juliana Portes		A responsabilidade Extracontratual do Estado por omissão: Uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	Graduação	Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná	2017
NONATO, Davina de Nazaré Vieira		A responsabilidade civil do Estado e o sistema penitenciário brasileiro	Graduação	Universidade Federal Fluminense	2016
SÁ, Pamela de		A superlotação carcerária, a eficácia dos direitos Fundamentais e a responsabilidade civil do Estado.	Graduação	Universidade do Extremo Sul Catarinense-UNESC	2012

Quadro – Revisão do estado da arte – Banco de Teses e Dissertações (SciELO, Usp e etc).

Sendo verificada a inovação, foram realizadas novas pesquisas com a finalidade de complementar o conhecimento sobre o tema, notoriamente na região de Ponta Porã. Através desta, verificou-se que a Unidade Penal Ricardo Brandão, desde 2012, está parcialmente interditada em razão da superlotação carcerária, na época a unidade possuía capacidade para 102 detentos, todavia, estava abrigando cerca de 331².

Diante de todos os dados obtidos, da superlotação carcerária e violação a dignidade da pessoa humana surgiram problemáticas a serem respondidas, sendo elas: Quais são os direitos dos presos? Qual a responsabilidade que o Estado possui por submeter os presos a situações degradantes? Qual meio de reparar o dano moral que os reeducandos estão sofrendo?

Para responder aos questionamentos esta pesquisa foi dividida em três capítulos: o capítulo um: a) explorar a evolução história do princípio da dignidade da pessoa humana e destacar quais os principais direitos assegurados aos presos na Constituição Federal e leis infraconstitucionais; capítulo dois: b) dissertar sobre os

² <https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100102021/presidio-de-ponta-pora-esta-fechado-para-novos-presos>

estabelecimentos penais previstos da Lei de Execução Penal, abordando a realidade fática e o caso piloto e; capítulo três: c) analisar a responsabilidade aquiliana do Estado;

Dessa forma, tendo como base a necessidade do preso, mesmo encarcerado, ter uma vida digna, nos remetemos diretamente a dignidade da pessoa humana, explicando quais são suas premissas, e para tal fim embasaremos o capítulo na doutrina de André de Carvalho Ramos, pois em seu livro Curso de Direitos Humanos, esse tema é abordado de modo vasto.

Em primeiro lugar, frisamos que a dignidade da pessoa humana é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Aliás, este é caracterizado, justamente, por haver entre seus pilares, o “reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional” (MORAES, 2017, p27). Acrescentando que a dignidade da pessoa humana é intrínseca a todos, “constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar” (MORAES, 2017, p.35).

Feitas as considerações iniciais, no segundo capítulo buscaremos demonstrar, através de dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, Relatórios do Departamento Penitenciário e do Mecanismo Contra a Tortura, o qual demonstra a condição dos presídios no Brasil, com ênfase na situação do Estado de Mato Grosso do Sul, visando possibilitar uma visão realista da situação em que estão sendo submetidos os presos desta região.

Feitas as considerações, sobre a atual situação carcerária, o terceiro capítulo abordará o tema da responsabilidade civil, pois entendemos ser imprescindível conceber melhor a responsabilidade civil do Estado e, para tanto, buscaremos informações nas doutrinas de Fernanda Marinela (Direito Administrativo, 2016), Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, 2018) e Matheus Carvalho (Manual de Direito Administrativo, 2017) e Maria Silvia Z. Di Pietro (2010). Estes pesquisadores são referência no âmbito explicarão com excelência o tema ora abordado.

Nesse sentido a responsabilidade do ente estatal diz respeito ao encargo imposto pelo constituinte para que ele, o Estado, arque com os prejuízos causos à vítima em razão de sua ação ou omissão (MEDAUAR, 2018, p.366). Ou seja, deve o indivíduo simplesmente comprovar o ato praticado, o prejuízo efetivamente sofrido e nexo de causalidade. A conduta que dá aso para a responsabilização é a conduta comissiva, essa ocorre quando o funcionário executa algum ato, é o oposto da omissão, quando o agente não atua quando era obrigado a fazê-lo, comumente nessas

circunstâncias é utilizada a teoria subjetiva (CARVALHO, 2017, p. 343). O elemento dano refere-se ao dano jurídico, significando prejuízos e ofensas aos direitos dos indivíduos, inclusive, podendo ser exclusivamente morais. E por fim, o último requisito é a comprovação do nexo causal, ou seja, o Estado responde civilmente desde que a conduta seja determinante para causar dano ao indivíduo.

A metodologia utilizada na presente pesquisa foi feita por meio do método indutivo, através do estudo de caso abordado no acórdão do Recurso Extraordinário nº 580252, o qual será a base deste trabalho. Partindo, portanto, de um caso particular, para realizar uma generalização. Para que fosse possível a familiarização com tema, a pesquisa utilizou também do estudo exploratório. E a pesquisa documental e bibliográfica para embasar este trabalho.

Ao final da presente monografia ficou clara a importância dos direitos humanos para toda a sociedade, bem como a necessidade de zelar pelo seu cumprimento para que não ocorra um novo retrocesso e relativização da proteção da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, explicado o tema do presente trabalho e o modo que este foi realizado, passemos aos capítulos e resultado da presente monografia sobre a responsabilização do Estado.

CAPÍTULO 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DOS ENCARCERADOS.

Neste capítulo, analisamos a evolução histórica dos direitos humanos, destacando seu progresso e relevância para a humanidade. Primeiramente, faz-se oportuno explanar duas características básicas do tema, sendo a primeira, o advento dos direitos individuais como forma de delimitar e controlar os abusos do Estado, ou, do soberano. A segunda, a necessidade de reflexão sobre como o reconhecimento e desenvolvimento dos direitos humanos se deu de forma lenta e gradual, surgindo com o advento das necessidades da população ou mesmo quando eram realizadas violações graves aos seus direitos mínimos.

Outro aspecto a ser apontado refere-se à dignidade da pessoa humana posteriormente a promulgação da atual Constituição Federal do Brasil, a qual reconheceu com especial relevância esse princípio, especialmente, por tê-lo situado entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito³.

Por isso, o propósito do presente capítulo é possibilitar a compreensão da origem da dignidade da pessoa humana e dos direitos atualmente considerados elementares para uma vida digna. Conhecendo a história do tema abordado neste capítulo, será possível compreender melhor sua atual magnitude para a população de modo geral.

1.1 Conceito

Hodiernamente, os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade (RAMOS, 2017), também são: “direitos que pertencem à pessoa humana, independentemente de leis, estes: vida, liberdade, igualdade e segurança pessoal” (CASTILHO, 2012, p. 14).

³ O constituinte, ao criar a nossa atual constituição federal, arrolou o princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III, como sendo um fundamento do Estado Democrático de Direito, o que demonstra o grande importância desse princípio para o nosso ordenamento jurídico.

Unindo tais conceitos, para Casado Filho (2012, p.21) direitos humanos são conceituados como sendo direitos que possuem como principal objetivo propiciar o cumprimento à chamada dignidade da pessoa humana, através da limitação do poder estatal, estabelecendo uma equidade entre os indivíduos.

Sucedem-se que, nem sempre os homens reconheceram ou aplicavam a todos esses direitos considerados essenciais para uma vida digna. Em verdade foi longo o caminho percorrido até o surgimento e consolidação dos direitos humanos. Em razão disso, torna-se necessário abordar o tema.

1.2 A mesopotâmia

Iniciamos mencionando o ano 1.800 antes de Cristo, época em que foi criado o famoso Código de Hammurabi, sendo considerado o “primeiro código de normas de conduta, preceituando esboços de direitos dos indivíduos (1792-1750 a. C), em especial o direito à vida, propriedade, honra” (RAMOS, 2017, p.27/28).

Exemplificando, o objetivo do mencionado código era de evitar a arbitrariedade contra a população considerada mais fraca e caucionar o seu bem-estar (CASADO FILHO, 2012, p. 28). O que poderíamos entender, a grosso modo, como sendo o primeiro resquício dos direitos humanos daquele período.

1.3 A Grécia

A Grécia Antiga é considerada de grande importância na história da dignidade da pessoa humana e também para os direitos fundamentais, pois foram os gregos que trouxeram valores fundamentais para a sua construção, dando destaque a questão da equidade e da liberdade entre homens, considerando o homem como um “animal político” quando participava de uma *polis* (BICUDO, 1999).

A título de exemplo citamos a famosa peça de Sófocles, *Antígona*, que, em apertada síntese, conta a história de uma família, em que dois irmãos brigaram até a morte pelo trono do pai, tendo, ao final, ambos terminados mortos. Ante isso, Creontes, tio dos irmãos, tomou posse do trono e ordenou que apenas um dos sobrinhos fosse enterrado. Em razão da decisão tomada por Creontes, Antígona, sua sobrinha e irmã dos falecidos, se revoltou, pois acreditava que o direito a um enterro digno era um direito divino, não podendo ser limitado por ordem do soberano. Antígona então tentou

realizar o enterro do irmão Policine, porém foi capturada e sentenciada a morte (ANTÍGONA, 2005).

A peça Antígona traz importantes debates, como as ideias de supremacia de determinados direitos, e a necessidade de impor limites ao poder do soberano/rei. Realmente, foi a antiguidade grega quem incentivou o pensamento sobre a “superioridade de determinadas regras de conduta, em especial contra a tirania e injustiça” (RAMOS, 2017. p.28).

A Grécia antiga também trouxe a ideia de democracia, uma vez que naquele período vigorava o pensamento de que qualquer cidadão pudesse governar a *polis*, e participar das escolhas da sociedade ateniense (CASADO FILHO, 2012). O que era considerado cidadão, no entanto, possuía limitações em sua definição, ou sejam somente homens libertos que já tivessem prestado serviço militar assim eram considerados.

1.4 Roma

A República Romana trouxe como contribuição o princípio da legalidade, ao instituir a Lei das XII Tábuas, a qual deveria reger todas as condutas dos cidadãos. Essa codificação previa tanto os direitos quanto os deveres dos homens, como também as garantias a previsibilidade e a anterioridade da pena, direito à liberdade, à propriedade, entre outros (CASADO FILHO, 2012).

Os romanos também tinham uma concepção de direito natural (CASADO FILHO, 2012) explicava que as leis naturais estavam acima do poder do soberano, não sendo admitindo que fossem invalida-las por quem quer que fosse, pois através dessas determinações ocorreria a justiça. Essas leis eram consideradas pilares para criação de estruturas e organização da sociedade.

Além disso, os romanos também contribuíram através da instituição dos direitos das gentes ou *jus gentium*, a gens era uma espécie de direito que governava um grupo de pessoas pertencentes a um clã. Conforme ensina De Macedo (2010, p. 4), o direito das gentes era destinado aos romanos, simbolizando uma fonte normativa por excelência.

Ante a aceitação do direito natural os romanos começaram a aplicar o *jus gentium* nas relações entre os estrangeiros e também com os civis romanos, pois tratava-se de um conjunto de ordenações cujos destinatários eram seres humanos, não

organizações políticas (DE MACEDO, 2010, p. 04). Esse posicionamento demonstrava certa evolução tendo em vista a inferioridade a qual era visto o estrangeiro frente ao romano naquele período.

1.5 As revoluções

Transcorrido certo período, passamos a idade média europeia, nesse regime o poder dos governantes era ilimitado, pois seria, em tese, fundado na vontade divina. Em razão desse poder ilimitado, ao longo do transcurso do tempo surgiram movimentos para reivindicar direitos a determinadas classes, naquela época conhecidas como estamentos (RAMOS, 2017).

Dentre as reivindicações, Ramos (2017) cita a Magna Carta Inglesa, de 1215, que instituiu uma série de direitos dos indivíduos contra o Estado, dentre eles a ideia de governo representativo, a garantia de ser julgado por seus iguais, a proporcionalidade entre o crime e a pena dentre outros. Entretanto, a Magna Carta possuía um caráter elitista, voltando suas determinações à proteção ao baronato inglês e não a população de modo geral.

Com o surgimento do renascimento e a reforma protestante o poder passou a ser concentrado unicamente no rei, o qual, por vezes, exercia violência e opressão aos seus súditos. Ramos (2017, p.32) cita como exemplo a violência e desrespeito aos direitos humanos o extermínio de milhões de indígenas nas Américas.

Ao longo do século XII surgiram importantes direitos, como a criação do Habeas Corpus, que, perpetrou a defesa daqueles que tinham sido injustamente presos, o que até aquele período somente existia no sistema inglês (RAMOS, 2017, p.33).

1.6 Revolução francesa

No dia 14 de julho de 1789 a classe burguesa, representada por membros do terceiro estado, se revoltou contra o rei, acabando por tomar a prisão da Bastilha, o que representava verdadeiro símbolo do poder do soberano (CASADO FILHO, 2012, p.38). A revolta foi causada pelo desastroso governo do rei Luis XIV, que dividia o Estado francês em três classes, sendo a primeira composta pelo clero, a segunda pelos nobres, e por último, a classe dos burgueses e camponeses, que era quem, de fato, sustentava as demais classes (RAMOS, 2017).

Com a revolta a população organizou-se e realizou uma Assembleia Geral Constituinte, aquiescendo com a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgindo os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade (“*liberté, égalité et fraternité*”).

A Declaração trouxe relevante impacto, na medida em que os benefícios, os direitos feudais e as imunidades, foram extintos (RAMOS, 2017, p.39).Tamanha a importância da revolução e da criação da declaração que está foi ministrada nas escolas francesas, fazendo com que todos tivessem conhecimento sobre seus direitos fundamentais dos homens (CASADO FILHO, 2012, p. 38).

1.7 A revolução industrial

Durante o período das revoluções houve um grande desenvolvimento tecnológico, um dos grandes marcos foi a invenção da máquina à vapor. Contudo, com tal crescimento também houve aumento na concentração de riquezas e exploração dos trabalhadores (CASADO FILHO, 2012).

Ante a cada vez maior desigualdade entre a população, os ideais do socialismo e comunismo tomaram força, tendo como um dos principais teóricos, Karl Marx, que no ano de 1848, lançou o Manifesto Comunista, o qual incitava os trabalhadores a se unirem contra aqueles que os exploravam (CASADO FILHO, 2012, p. 40). Tal união decorreu o reconhecimento de inúmeros direitos dos trabalhadores, inclusive, a criação do Direito do Trabalho, em 1919.

A população assim, batalhava para que o Estado possibilitasse aos cidadãos a chance de desenvolver-se de forma equânime, emergindo a segunda geração dos direitos humanos, conhecida como direitos sociais e econômicos.

1.8 Primeira Guerra Mundial

Durante primeira guerra mundial (1915 e 1917) ocorreu o genocídio de cerca de seiscentos mil e um milhão de armênios. O governo turco possuía a intenção de exterminar a presença cultural, econômica e familiar dos armênios, baseado no argumento de que todos eram cristãos e estavam aliados aos russos (CASADO FILHO, 2012).

Em que pese a falta de notoriedade do genocídio armênio, ao final da guerra houve a criação da Liga das Nações, que apresentava deveres em relação aos direitos humanos e confirmava a indispensabilidade de relativizar a supremacia do poder dos Estados quando estes praticassem condutas que infringissem os direitos humanos. Ao final da Primeira Guerra foi assinado o Tratado de Versalhes, com a Alemanha, bem como foi criada a OIT – Organização Internacional do Trabalho, marco para a solidificação dos direitos dos trabalhadores.

1.8.1. Segunda Guerra Mundial

A Segunda Guerra é apontada como marco na história dos direitos humanos. Para Casado Filho (2012, p.38) existe uma brutalidade na personalidade humana, e de forma consciente ou inconsciente o homem vem escravizando, matando, destruindo tanto seus semelhantes, como aqueles que acreditam serem inferiores.

A Segunda Guerra Mundial (1939) foi um claro exemplo dessa brutalidade citada por Casado Filho, tendo em vista o extermínio de populações consideradas indesejadas pela Alemanha, que acreditava em sua superioridade frente aos demais povos, o que acarretou na morte de milhares de judeus, homossexuais, ciganos e deficientes. Findada a Segunda Guerra, os 57 (cinquenta e sete) países que saíram vencedores, criaram o Tribunal de Nuremberg e julgaram os nazistas, sendo o único tribunal de exceção.

Com a morte de milhares de pessoas era esperado que os países aliados também realizassem alguma forma de evitar que nova atrocidade contra a humanidade ocorresse. E assim foi feito, os aliados, criaram a ONU, justamente com o intuito de garantir a paz, declarando os direitos que consideravam fundamentais e que deviam ser respeitados por todos os Estados, iniciando a internacionalização desses direitos. Já em seu primeiro artigo a DUDH⁴(1948) demonstra a influência dos ideais da revolução francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. A declaração é tida como universal, pois é destinada a todos sem distinção, incumbindo a todos os Estados respeitarem e assegurarem sua aplicação de forma geral, sem realizar qualquer exceção (LOVATO; DUTRA 2005).

⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. Art. 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 10 de janeiro de 2019.

Verdadeiramente, foram as duas Guerras Mundiais que demonstraram a magnitude dos direitos humanos, diante da monstruosa violação dos direitos da população atingida, sendo verdadeiro marco para toda a humanidade.

1.8.2 Declaração de Viena

A declaração citada no item anterior foi ratificada no ano de 1993, quando foi realizada a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, na qual restou confeccionada a Declaração dos Direitos Humanos de Viena. Nesse momento os direitos humanos e as liberdades fundamentais foram proclamados direitos naturais de todos os seres humanos, sendo definido que responsabilidade dos governos para sua promoção (CASTILHO, 2012, p. 14).

1.9 Direitos fundamentais

Muitas vezes às terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são confundidas, nossa própria Constituição ora refere-se a direitos humanos, ora a direitos fundamentais, contudo, conforme ensina Casado Filho (2012) a expressão direitos humanos é utilizada para se referir aos valores e direitos consagrados em tratados internacionais, já direitos fundamentais é utilizada para mencionar um conjunto de direitos quando estão inseridos na Constituição.

Para Ramos (2017, p. 48), essa diferença atualmente está diluída, haja vista que “os direitos previstos em tratados podem também ser exigidos e os Estados podem ser cobrados pelo descumprimento”. De fato, os direitos fundamentais são verdadeiros espelhos dos direitos humanos. Tanto é que podemos ver isso através dos direitos fundamentais previstos no Título II da CF/88, os quais abrangem: I – direitos individuais e coletivos; direito à vida, liberdade, intimidade e propriedade; II – direitos sociais: direito à igualdade, como direito à educação, à saúde, à moradia, à previdência social; III – nacionalidade: todo aquele que nasce no território pátrio é brasileiro, salvo algumas exceções; IV – direitos políticos: são os direitos à cidadania, a participação popular; V – partidos políticos: sendo livre a criação, extinção, fusão, de partidos políticos.

1.9.1 Dos direitos fundamentais assegurados aos presos

O sistema jurídico pátrio acolheu o princípio da humanização da pena como premissa, isto é, as penas não possuem o objetivo de dar sofrimento ou degradação ao preso, seu intuito é repressivo e ressocializador, não devendo o sofrimento próprio da situação de encerramento ser agravado (NUCCI, 2014).

Dessa forma, além dos direitos fundamentais, o constituinte buscando resguardar os direitos do encarcerado, proibiu que Brasil adotasse: a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis⁵. Nesse sentido, tendo o legislador deixado expresso que a pessoa, mesmo encarcerada preserva todos os seus direitos não atingidos pela sentença condenatória ou pela lei (NUCCI, 2014), sendo que, teoricamente os efeitos da sentença alcançam somente o direito de ir e vir do preso e o direito à privacidade (AVENA, 2011).

Corroborando, o constituinte também determinou à observância a integridade física e moral do reeducando⁶, observando que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação⁷”.

Ainda sobre o rol de direitos fundamentais emanados da Constituição: “a proibição de tortura trata-se de um mandamento constitucional que não comporta exceções” (VASCONCELOS, 2017, p. 181). Assim, o Vasconcelos dispõe que (2017, p.182):

(...) é indubitável que o Estado Democrático de Direito repudia com todas as forças qualquer tipo de violência física ou moral – tortura, tratamento desumano ou degradante – que atente contra todos os indivíduos. Qualquer exceção à regra em comento colocaria em xeque o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, provocando um abalo incontornável nas vigas mestras que estruturam o Estado Democrático de Direito (...).

As leis infraconstitucionais seguiram os mesmos preceitos da Constituição Federal de 1988, realizando determinações para assegurar os direitos dos presos, como o artigo 38, da LEP, o qual prevê o dever das autoridades de respeitar a integridade

⁵ CF, art. 5º inciso XLVII. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm< acesso em 10 de jan de 2019

⁶ CF, Art. 5º inciso XLIX: É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm< acesso em 10 de jan de 2019

⁷ CF, Artigo 5º, inciso L. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm< acesso em 10 de jan de 2019

física do preso. Esses dois dispositivos se conectam diretamente com a determinação do legislador⁸, na medida que os direitos dos presos entram em harmonia com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Fato é que os direitos previstos na LEP são inúmeros, entretanto, trata-se apenas de um rol exemplificativo e não exaustivo, dentre os principais, podemos citar: alimentação adequada e vestuário. Portanto, podemos concluir que, ao preso são assegurados tanto os direitos previstos constitucionalmente garantidos de modo geral e também aqueles previstos da Lei de Execução Penal. Esses, podemos dizer, são o mínimo que uma pessoa deve ter assegurada para que possa viver de forma digna, inclusive, o reeducando pode socorrer-se ao poder judiciário para fazer cumprir todos os seus direitos inerentes a sua natureza humana.

Nosso ordenamento jurídico também é signatário de inúmeros tratados internacionais versando sobre os direitos dos presos, além do mais, existem documentos em que o Brasil participou de sua elaboração e deve inserir em políticas para dar efetividade, entre eles está o documento de regras de Mandela.

1.9.2 Regras mínimas de Mandela

Além dos direitos já mencionados, o Brasil também é signatário de regras específicas que versam sobre os direitos dos encarcerados, um exemplo são as Regras Mínimas de Mandela. Esse importante documento é de grande relevância para a luta na afirmação dos direitos humanos (RAMOS, 2017).

A citada regra foi criada no I Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes, realizada em Genebra, no dia 31 de agosto de 1955. Atualmente, seu nome foi alterado para “Regras Nelson Mandela”, a fim de homenagear “a quem passou 27 (vinte e sete) anos de sua vida preso, na luta pelos direitos humanos, igualdade, democracia e promoção da cultura da paz” (RAMOS, 2017).

⁸ LEP. Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccj-vil_03/LEIS/L7210.htm< Acessado em 10 de jan de 2019.

A última atualização ocorreu no ano de 2015⁹, após a constatação de que mais de 10 (dez) milhões de pessoas estavam presas no mundo, no Brasil, atualmente, são cerca de 690.722 (seiscentos e noventa mil setecentos e vinte e dois) pessoas encarceradas¹⁰. As regras mínimas preveem em um só documento os direitos dos presos que, muitas vezes, já estão positivados em outros tratados internacionais, contudo, elas não possuem um caráter vinculante, ou seja, seu cumprimento não é obrigatório, ao menos até que o Estado (País) assim o determine.

As novas Regras Mínimas, são compostas por 122 artigos¹¹, divididos em três seções: observações preliminares, regras de aplicação geral e regras aplicáveis a categorias especiais. Na última atualização, às áreas revisadas abrangeram o tratamento médico, restrições às sanções, à disciplina, entre outros.

Importante destacar que as regras não visam a determinar detalhadamente o sistema penitenciário de todos os Estados, apenas buscou-se “estabelecer princípios e regras básicos para a organização penitenciária e o tratamento dos reclusos, que devem servir de estímulo para esforços no sentido de promover a sua aplicação” (RAMOS, 2017).

As regras explicitaram que um dos objetivos da sentença é proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência, para isso, deve o reeducando durante o tempo em que estiver encarcerado, ser reintegrado à sociedade, evitando, assim, a reincidência e possibilitar autossuficiência respeito às leis. Em razão disso a importância de efetivar os direitos à educação e profissionalização, bem como as políticas sociais e de natureza reparatória (moral, espiritual, social etc) (RAMOS, 2017).

Dispõe ainda sobre a prioridade de separação dos custodiados em respeito à idade, sexo, antecedentes penais, e também a separação dos presos preventivos e condenados, os presos cíveis e presos penais. Outro importante destaque refere-se à vedação de qualquer confinamento prolongado, portanto, é proibido o isolamento por 22 (vinte e duas) horas por dia. As revistas íntimas invasivas apenas devem ser admitidas quando imprescindíveis (RAMOS, 2017).

⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Presos -1 . Ed. Brasília, 2016. Disponível em: ><http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>< Acesso em 15 de jan de 2019.

¹⁰RAIO X DO SISTEMA PRISIONAL EM 2018. Disponível em ><https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/raio-x-do-sistema-prisonal/>< acessado em 30 de setembro de 2018.

¹¹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Presos -1 . Ed. Brasília, 2016. Disponível em: ><http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>< Acesso em 15 de jan de 2019.

Durante todo o seu texto podemos verificar que as Regras de Mandela possuem mais um caráter afirmativo, pois reitera inúmeros direitos já expressos na constituição e leis específicas do país. Entretanto, de plano, é possível constatar que a realidade penitenciária brasileira não cumpre o mínimo considerado necessário para a existência digna do reeducando.

Portanto, em que pese as regras preverem inúmeros direitos, como o direito a integridade física e moral, o direito a saúde e à educação, a reinserção social e prevenção da reincidência, tais objetivos são tão claros ante a necessidade de reduzir a criminalidade que assola, mas em razão do descaso não são efetivados.

Passadas todas as principais informações sobre os direitos dos presos passaremos ao capítulo dois, o qual pretende informar qual a estrutura o Estado deve criar para abrigar os presos bem como as assistências que este deve assegurar devido o seu papel de guarda e proteção perante os custodiados.

CAPÍTULO 2 DA ATUAL CONDIÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

No presente capítulo abordaremos o tema sobre as condições do sistema penitenciário em si, será preciso conhecer, ao menos superficialmente, as condições que cada unidade penal brasileira deveria possuir, para possibilitar o respeito à dignidade da pessoa humana àquelas pessoas que estão encarceradas.

Serão expostos os deveres que o legislador atribuiu ao Estado devido à custódia de pessoas privadas de sua liberdade e, para isso, realizaremos uma breve explicação sobre as determinações que o legislador elencou para as condições dos estabelecimentos penais destinados aos custodiados e também seus direitos.

Ao final, passar-se-á a exposição das condições dos presídios brasileiros, em especial os presídios do Estado do Mato Grosso do Sul. Com isso será possível vislumbrar se os direitos dos presos estão de fato sendo violados e com isso, compreender a necessidade de responsabilização estatal por não cumprir com seus deveres.

2.1 Do dever de assistência

Primeiro, é necessário esclarecer que, em razão do preso estar sendo custodiado pelo Estado, cabe a ele - o Estado, assegurar o mínimo para que a execução da pena se dê de forma digna, prestando toda à assistência que o detento necessitar¹².

A assistência material equivale a distribuição adequada de alimentação, vestuário e garantia de locais salubres. A assistência à saúde concerne em um dever assegurado pela Constituição Federal, sendo considerada direito de todos e dever do Estado garantir sua efetividade¹³. Evidente que essa assistência também deve ser possibilitada ao preso, contudo, ela possui caráter preventivo e curativo. A assistência à saúde é compreendida de forma ampla, como à assistência farmacêutica. Como o preso está privado de sua liberdade, os estabelecimentos penais devem possuir meios para viabilizar seu atendimento dentro do próprio presídio ou, sendo o caso, a escolta até local adequado.

¹² Art. 11 A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa; Lei de Execução Penal.

¹³ BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 196.

À assistência jurídica é disponibilizada de modo geral para todos os presos (provisórios ou definitivos) que não tenham condições para constituir advogado particular. A Lei de Execução Penal assegura ao preso reunião pessoal e reservada com seu casuístico (art. 41, inciso IX). A assistência educacional por seu turno concerne ao direito de todos à educação, sendo, novamente, um dever do Estado promover e incentivar sua realização.

No âmbito da execução penal, esse direito compreende o ensino escolar e também qualificação profissional do preso ou internado, possibilitando uma maior ressocialização. O direito à educação permite, inclusive, o ensino à distância. Por fim, a assistência social visa a propiciar ao reeducando o retorno à sociedade.

2.2 As unidades penais na legislação.

O legislador brasileiro criou a Lei de Execução Penal, para tratar, especificamente, sobre os assuntos da esfera da execução da condenação, seja ela definitiva, ou provisória. Os Capítulos III a VII, da Lei de Execução Penal, elencam quais são os tipos de estabelecimentos penais do sistema penitenciário brasileiro¹⁴.

Por via de regra, em cumprimento ao direito constitucional de individualização da pena o custodiado deverá ser classificado em conformidade com seus antecedentes criminais e personalidade, para que seja alocado em estabelecimento adequado.

Concordando com isso, Marcão (2012, p 68) explica que:

(...) o preso provisório deve ficar separado do condenado definitivo; o primário em seção distinta daquela reservada aos reincidentes; e o idoso, assim considerado o maior de 60 (sessenta) anos, deve ser recolhido em estabelecimento, também distinto, com condições de atender a suas necessidades.

Além do mais, a própria legislação pátria impõe que o estabelecimento penal terá que ter capacidade compatível com sua estrutura, sendo o limite de tais estabelecimentos por órgão específico para essa finalidade.

¹⁴A LEP elenca os tipos de estabelecimentos penais ao longo dos artigos 87 a 102, sendo eles: a penitenciária, a colônia agrícola, industrial ou similar, a casa do albergado, o centro de observação, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a cadeia pública, os quais serão abordados durante este capítulo.

2.3 Da penitenciária

A Lei de Execução Penal destina a penitenciária para o sentenciado à pena de reclusão em regime fechado. Geralmente, o regime fechado é aplicado às penas superiores a 08 (oito) anos de reclusão, não obstante existirem casos, como os de regressão de regime prisional, em que o apenado é recolhido a um regime mais gravoso em virtude de invariáveis motivos, como por exemplo, a fuga, a prática de novo crime e etc.

O artigo 88 da LEP enuncia os requisitos que a cela da penitenciária deverá conter, sendo eles: dormitório, aparelho sanitário e lavatório, ter área mínima de 6.00 m² (seis metros quadrados), devendo ser individual. Para a detentas, é assegurada, ainda, a implantação de seção para gestantes e parturientes, além de creche para abrigar os infantes maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos. Importante dizer que as mulheres não podem cumprir pena no mesmo estabelecimento que os homens, devendo ser criada uma unidade adequada destinada especificamente à elas.

Conforme ensina Avena (2014) a penitenciária pode ainda ser reservada apenas aos presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado. A título de conhecimento, o chamado RDD é uma modalidade de punição disciplinar e, de certa forma, uma medida cautelar, pois também pode ser aplicado aos presos que apresentem perigo à ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou que haja suspeita de envolvimento em organização criminosa, conforme §§1º e 2º do artigo 52 da LEP. Portanto, o RDD está previsto no artigo 52 da LEP podendo ser utilizado para presos provisórios e definitivos, nacionais ou estrangeiros.

2.4 Da colônia agrícola

A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar está prevista no artigo 91 da LEP, ela se destina àqueles condenados a pena privativa de liberdade em regime semiaberto. Os requisitos para este estabelecimento são: salubridade, alocação adequada dos presos e limite da capacidade máxima compatível com a individualização da pena (ROIG, 2014, p. 292).

Diferente do preso que cumpre pena no regime fechado, o custodiado em regime semiaberto poderá ser destinado a executar sua pena em cela coletiva, desde

que assegurados os demais requisitos. Outro fato que merece destaque é referente ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que vem admitindo em caso de não haver vaga em estabelecimento penal compatível com a pena aplicada, seja o reeducando posto em outro estabelecimento de regime mais brando, no caso em questão, caso não houvesse vaga, o sentenciado poderia ser posto em estabelecimento de regime aberto.

2.5 Da casa do albergado

A casa do albergado é destinada aos sentenciados à pena privativa de liberdade em regime aberto e aos reeducandos condenados à pena de limitação de fim de semana, consoante dispõe o artigo 93 da LEP. O regime aberto é baseado no senso de responsabilidade, conforme artigo 36 do Código Penal, sendo uma das exigências do regime a obrigação do reeducando trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, sendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

O estabelecimento de regime aberto deverá estar separado dos outros estabelecimentos penais, sendo localizado em centro urbano. Isso ocorre, ao mesmo em tese, devido ausência de periculosidade do reeducando, tendo em vista que, os condenados em regime aberto não representam grande perigo à sociedade, ou já possuem disciplina para permanecer em regime sem monitoração expressa. Tanto é que a lei determina que, nesses estabelecimentos não haverá obstáculos físicos para a fuga.

Nesse sentido Avena (2014), elucida que, em pese a Lei de Execução Penal determinar a criação de pelo menos uma casa do albergado em cada região (comarca), tal determinação não é cumprida, em verdade, sua falta constitui regra nos estados brasileiros. E, por isso, a falta de tais estabelecimentos acarreta na autorização do sentenciado cumpra sua pena em regime domiciliar. Para ele, essa ausência de estabelecimento adequado acarreta certa descrença da sociedade no Estado, causando uma falsa ideia de impunidade.

2.6 Centro de observação

O Centro de observação não é uma unidade penal, ele é, na verdade, o órgão responsável pela realização de exames gerais, pesquisas criminológicas e exames criminológicos. O exame criminológico é aquele realizado para fins de obter uma maior individualização da pena.

Os centros de observação elaboram os pareceres de personalidade, auxiliando o juiz na análise de eventuais benefícios a serem concedidos ao apenado. Antes, a elaboração do exame criminológico era obrigatório, contudo, atualmente o Superior Tribunal de Justiça¹⁵ já se manifestou no sentido de não ser obrigatória a sua realização, entretanto, caso o magistrado entenda por sua imprescindibilidade/necessidade, deverá fundamentar sua decisão.

2.7 Do hospital de custódia

O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é reservado àquelas pessoas que cometeram o ato ilícito, contudo, em razão de sua absoluta incapacidade de compreender a ilegalidade de sua conduta, o juiz aplica a sentença de absolvição imprópria. Nesse caso, o juiz ao invés de aplicar a pena utiliza a medida de segurança.

A sentença, em regra é proferida pelo juízo de conhecimento, ou seja, aquele que julgou o processo. Contudo, o juiz do processo de execução pode converter a sentença condenatória a pena privativa de liberdade em medida de segurança, quando o sentenciado, durante o cumprimento de sua pena, é acometido de alguma doença ou transtorno mental. Nessas hipóteses o juiz substituiu a pena do juízo de conhecimento pela medida de segurança em estabelecimento adequado.

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico é justamente o local onde o reeducando, a que foi aplicada a medida de segurança deve cumprir sua pena. Ele é destinado aos inimputáveis e semi-imputáveis descritos no artigo 26 do Código Penal, sendo eles: o reeducando acometido por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A lei determina, ainda, que os custodiados deverão, obrigatoriamente, realizar exames psiquiátricos para garantir sua melhor recuperação. Esses estabelecimentos também devem atender aos requisitos de salubridade aplicados aos demais estabelecimentos.

¹⁵ Súmula 439: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. (Súmula 439, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010). Disponível em: > <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>< Acesso em 18 de jan. 2019.

2.8 Da cadeia pública

Por fim, Marcão (2012) elucida de forma simples, que a cadeia pública é um estabelecimento destinado ao recolhimento de presos provisórios, para que estes possam permanecer próximos aos seus familiares e ao meio social, devendo cada comarca ter, ao menos, uma cadeia pública.

2.9 A situação dos estabelecimentos penais brasileiros com enfoque no estabelecimento penal Ricardo Brandão

O sistema penitenciário brasileiro está há muito tempo em situação calamitosa, os reeducandos são amontoados dentro de celas totalmente insalubres tendo inúmeros de seus direitos fundamentais violados, sendo diariamente expostos a doenças e situações degradantes e, etc.

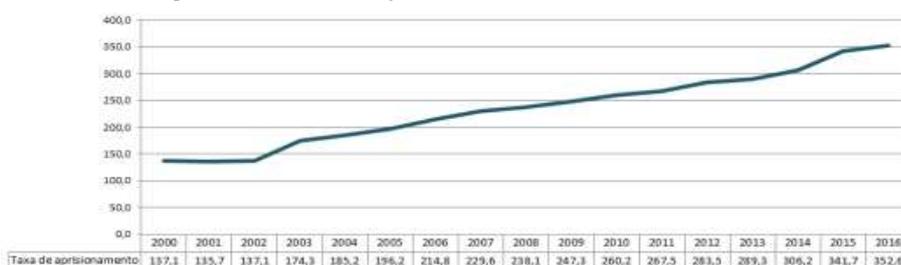
Demonstrando a monstruosidade que se tornou o sistema penitenciário brasileiro, através de consulta ao site *Institute for Criminal Policy Research*¹⁶, (site de banco de dados que oferece informações sobre os sistemas prisionais em todo o mundo), constatou-se que hodiernamente o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking mundial de países com a maior população carcerária, contando com o total de 690.722 (seiscentos e noventa mil setecentos e vinte e dois) presos, até o mês de setembro de 2018.

A capacidade oficial dos presídios, contudo, é de 408.116 (quatrocentos e oito mil cento e dezesseis) vagas, ou seja, até setembro de 2018, existia um déficit de 282.606 (duzentos e oitenta e dois mil e seiscentos e seis) vagas. Desse total, 35,4% da população carcerária são de presos preventivos/provisórios. Ou seja, cerca de 244.306 (duzentos e quarenta e quatro mil trezentos e seis) pessoas estão presas sem sentença condenatória transitada em julgado. Destaca-se que esse número foi reduzido, pois, até o primeiro semestre de 2016, o percentual de presos provisórios era de 40% (DEPEN, 2016).

O alto índice de aprisionamento brasileiro vem aumentando gradativamente durante os últimos anos, conforme gráfico do Departamento Penitenciário, referente aos anos de 2000 a 2016 (DEPEN, 2016). Vejamos:

¹⁶ *Institute for Criminal Policy Research - ICPR. World Prison Population List*. Disponível em: >http://prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All< Acessado em 21 de nov. de 2018.

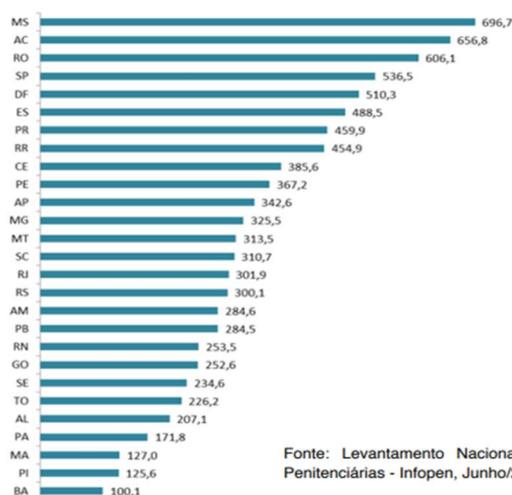
Gráfico 1: Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016.



Fonte: Levantamento Nacional Penitenciárias – INFOPEN, junho/2016. DATASUS.

Conforme gráfico acima (DEPEN, 2016), entre os anos de 2000 e 2016, houve um aumento de aprisionamento de 157% no Brasil. Exemplificando, no ano de 2000 existiam 137 (cento e trinta e sete) pessoas detidas para cada 100.000 (cem) mil habitantes, esse número até junho de 2016 aumentou para 352,6 pessoas para cada 100.000 (cem mil habitantes). Inclusive, o estado de Mato Grosso do Sul é um dos estados que mais encarcera, em termos proporcionais, com 696,7 pessoas presas para cada grupo de 100 (cem) mil habitantes em todo o Estado, conforme gráfico abaixo:

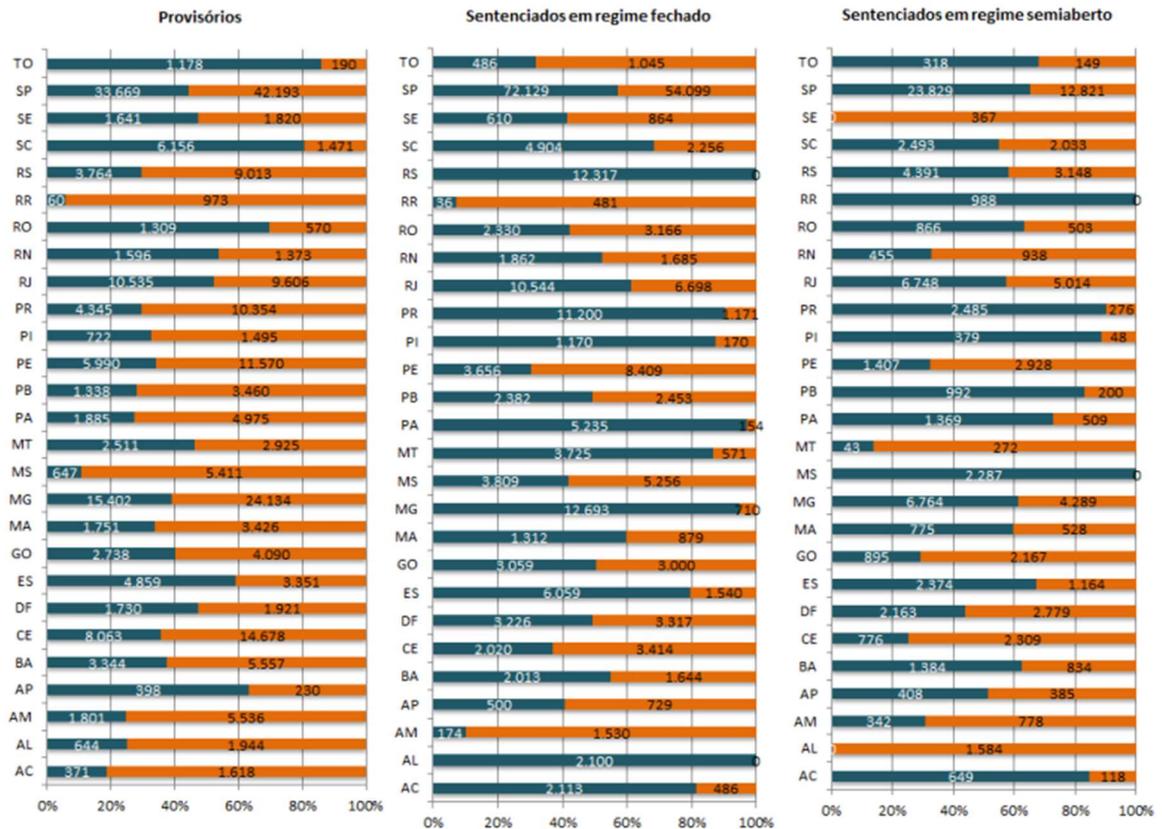
Gráfico 2: taxa de aprisionamento por Unidade da Federação.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; DATASUS.

Fonte: DEPEN, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Junho/2016; DATASUS.

Gráfico 3. Vagas e déficit por natureza da prisão ou tipo de regime, por Unidade da Federação (estado). A cor azul representa o número de vagas e a cor laranja o número de déficit.



Fonte: DEPEN, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, junho/2016; DATASUS.

Conforme demonstrado, o estado do Mato Grosso do Sul é o estado que mais aprisiona no Brasil, também é um dos que mais enclausura presos provisórios, sem sentença condenatória transitada em julgado. Tamanho o número de encarcerados é evidente que há dentro dessas penitenciárias constantes violações dos direitos humanos. No momento atual a superlotação no estado ainda está em situação desumana, dado que, o estado possui a capacidade para abrigar 8.710 detentos, contudo, atualmente está custodiando cerca de 17.428 (dezessete mil quatrocentos e vinte e oito)¹⁷.

Exemplificando, a colônia agrícola de Campo Grande foi vistoriada no ano de 2009, oportunidade em que a Comissão Parlamentar de Inquérito constatou que a unidade apresentava capacidade para 80 (oitenta) presos, porém, abrigava cerca de 680 (seiscentos e oitenta). A comissão classificou a situação do presídio como calamitosa, aduzindo que a água é insuficiente e não há energia elétrica, informando que:

¹⁷ Mapa geral penitenciário de setembro de 2018. AGEPEN; Disponível em: ><http://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/58/2018/10/MAPA-GERAL-OUTUBRO-2018.pdf>< Acessado em 30 de novembro de 2018.

“os presos alojam-se em barracas improvisadas, cobertas com lonas, instaladas em área aberta, ou se ajeitam, em redes, embaixo de árvores”¹⁸.

Figura 1: Imagem de barraca improvisada em que os presos permaneciam



Fonte: Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário

Por sua vez, quanto a penitenciária de Segurança Máxima Jair de Carvalho de Campo Grande, está, ao tempo da inspeção possuía capacidade para abrigar 350 (trezentos e cinquenta) presos, mas estava custodiando 1.380 (mil trezentos e oitenta) reeducandos em 76 (setenta e seis) celas, o que, por si só, demonstra a situação pela qual aqueles seres humanos são submetidos.

Ao final, a Comissão determinou a responsabilização do Estado do MS pela omissão no cumprimento da legislação e pela contínua violação aos direitos humanos daqueles que se encontram sob sua custódia, ante a precária situação do sistema carcerário. Portanto, evidente que há tempos os presos vêm sendo tendo seus direitos violados.

O relatório de visita feito pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura feito em 2016 confirma os dados levantados anteriormente, mostrando que mesmo passados 07 (sete) anos desde a realização da CPI, os problemas prisionais não foram superados. Demonstrando a situação prisional a equipe visitou a Penitenciária Estadual de Dourados, esclarecendo que, mesmo com capacidade de 718

¹⁸ Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI do sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: ><http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>< . Acessado em 05 dez. 2018

(setecentos e dezoito) presos, distribuídas em 176 (cento e setenta e seis) celas, a penitenciária contava com 2.416 (dois mil quatrocentos e sesses) presos, portanto, a superlotação alcançou 226%, sendo 31% sem sentença condenatória.

A equipe aduziu ainda que: “as celas, são bastantes insalubres, com iluminação e ventilação muito prejudicadas”, além de presenciarem situações degradantes, pois uma das celas vistoriadas possui um vaso sanitário no chão, o qual possui uma torneira há um metro do chão a qual é utilizada pelos presos para eliminar dejetos, para o banho e também para beber. O que demonstra, segundo a equipe, uma condição extremamente degradante. Vejamos a foto demonstrando tal situação:

Figura 2: Torneira próxima ao vaso sanitário é utilizada para eliminar dejetos e para as pessoas se banharem:



Foto: Marcelo Christovão, MPF/MS

Fonte: Relatório de visita as unidades prisionais do Estado de Mato Grosso do Sul, p. 85, 2016.

Quanto as celas do setor de saúde estas também não possuem condições adequadas, haja vista estarem superlotadas, possuindo um ambiente fétido e úmido. As celas que possuem capacidade para alojar uma pessoa acabava por abrigar até seis. Portanto, a equipe afirma que observaram que as pessoas adoecidas: “estão submetidas a condições torturantes que agravam seu sofrimento e sua saúde”.

Em relação à assistência material, conforme relatório da equipe, esta tampouco é executada pelo Estado, pois os presos não possuem materiais de higiene pessoal e limpeza em quantidade suficiente para todos, dependendo da obtenção desses itens através de familiares ou através do comércio interno, favorecimento e extorsões que são estabelecidas entre os próprios presos. As pessoas que não possuem meios para obter os materiais básicos para suprir suas necessidades acabam vivendo de forma precária, sem roupa de cama, cobertores e materiais de higiene, o que implica um tratamento desumano.

Através dessas simples explicações fica demonstrado que a condição dos presídios não está sendo resolvida e as pessoas privadas de sua liberdade continuam sofrendo diariamente violações aos seus direitos considerados essenciais para uma vida digna.

2.9.1 Do estabelecimento penal Ricardo Brandão - presídio destinado a presos em regime fechado.

Conforme demonstrado no tópico anterior, o estado de MS o que mais encarcerava, portanto, a cidade de Ponta Porã não seria diferente. Conforme dados extraídos do sistema prisional em números¹⁹, disponibilizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público o estabelecimento penal Ricardo Brandão, o qual, atualmente, possui capacidade total de 324 (trezentos e vinte e quatro) presos. Antes, porém o número de vagas era de 180 (cento e oitenta) sendo que, no ano de 2015 chegou a abrigar 563 (quinhentos e sessenta e três), no ano de 2016 reduziu para 395 (trezentos e noventa e cinco) presos, no ano subsequente sua população carcerária aumentou para 796 (setecentos e noventa e três) presos. Sendo assim, apenas através da análise dos últimos dados podemos concluir que, mesmo quando de sua menor ocupação, no ano de 2016, o estabelecimento já funcionava com 219,44% acima de sua capacidade total.

Realmente, há muito os presídios do estado vêm demonstrando estar em situação de calamidade, a exemplo, já no dia 21 de junho de 2012 o Ministério Público ajuizou um pedido de providência visando a interdição do Estabelecimento Penal Ricardo Brandão, alegando que lá estaria com superlotação carcerária, não possuindo condições de atender a demanda existente nesta comarca.

Explica-se isso, pois conforme informado acima, o estabelecimento, que foi construído com capacidade para abrigar cerca de 78 (setenta e oito) internos²⁰, naquela época abrigava cerca de 369 (trezentos e sessenta e nove), chegando ao número exorbitante de 400 (quatrocentos) homens. O juiz Sérgio Castilho²¹ já naquele

¹⁹Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema Prisional em Números**. Disponível em ><http://www.cnpm.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>< Acesso em 10 de dez. 2018

²⁰Corregedoria alerta para situação prisional do Estado. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Disponível em ><https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/3153527/corregedoria-alerta-para-situacao-prisional-do-estado>< Acessado em 10 de dez. 2018.

²¹idem

período advertiu sobre a “necessidade de construção, reforma e ampliação dos presídios. As instituições devem atender ao que determina a Lei de Execução Penal (LEP), o que não vem acontecendo”.

Em razão do pedido interposto pelo Ministério Público a Juíza da Vara de Execução Penal da época, Dra. Patrícia Kelling Karloh, em decisão no pedido de providência em questão, reconheceu a superlotação carcerária do estabelecimento e declarou sua interdição, ficando vedada a entrada de novos presos até que o número de detentos fosse reduzido, para, ao menos, 300 (trezentos), conforme Portaria nº 005/2012 anexa.

Conforme informações do site Campo Grande News²², a obra para ampliação do estabelecimento foi iniciada em abril de 2014. O presídio possuía 102 (cento e duas) vagas, e pretendia realizar a criação de mais 100 (cem vagas). As obras foram realizadas pelos próprios detentos e teve seu término em 17 de dezembro de 2015, sendo entregues 84 (oitenta e quatro) novas vagas²³. Foi iniciado, ainda, a criação de um terceiro bloco para ampliação do estabelecimento, cuja previsão era a entrega de mais 12 (doze) celas, com capacidade de 12 (doze) vagas para cada²⁴. Por fim o bloco para ampliação do número de celas foi inaugurado no dia 11 de dezembro de 2017 informando a entrega de mais 144 (cento e quarenta e quatro) novas vagas²⁵.

Em que pese o aumento do número de vagas, atualmente o estabelecimento abriga 656 (seiscentos e cinquenta e seis) presos, conforme relatório de inspeção de janeiro de 2019, sendo 416 (quatrocentos e dezesseis) presos provisórios. O relatório indica ainda que, o estabelecimento atualmente possui 42 (quarenta e dois) agentes penitenciários. Ainda segundo o relatório o juiz corregedor dos presídios classificou a Unidade Penal como tendo condições péssimas.

²² ZAIDAN, Zana. **Com obra executada por presos, presídio de Ponta Porã terá 100 novas vagas**. Disponível em: ><https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/com-obra-executada-por-presos-presidio-de-ponta-pora-tera-100-novas-vagas><. Acesso em 10 de dez. 2018

²³ Autos desconhecido. **Governador inaugura obras em Ponta Porã nesta quinta-feira**. Publicado em 17. 12.2014 Disponível em: ><https://www.correiadoestado.com.br/cidades/governador-inaugura-obras-em-ponta-pora-nesta/235000/><

²⁴ BRUM, JULIANA. **Comandante Geral da Polícia visita Presídio Ricardo Brandão em Ponta Porã**. Publicado em 19.02.2015. Disponível em: ><http://www.capitalnews.com.br/cotidiano/comandante-geral-da-policia-visita-presidio-ricardo-brandao-em-ponta-pora/274923><. Acessado em 10 de dez. 2018.

²⁵ Autor Desconhecido. **Governo inaugura 144 novas vagas em presídio de Ponta Porã nesta segunda-feira**. Publicado em 10. 12. 2017. Disponível em: ><http://www.agepen.ms.gov.br/governo-inaugura-144-novas-vagas-em-presidio-de-ponta-pora-nesta-segunda-feira/>< . Acesso em 10 de dez. 2018.

Fica claro, tanto através dos dados obtidos pelo relatório realizado pela Comissão como pelo relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a fragilidade das infraestruturas e instalações prisionais as quais possuem em sua grande maioria: i) celas em péssimo estado; ii) sem ventilação; iii) sem iluminação; iv) sem sistema de esgoto adequado. O que por si demonstra que o Estado não está cumprindo com os mandamentos constitucionais determinados a ele, haja vista estar desrespeitando um dos princípios fundamentais da república: a dignidade da pessoa humana, verdadeiro pilar de nosso ordenamento jurídico e pilar dos direitos fundamentais.

Mesmo com todas as ações objetivando melhorar a situação da população carcerária, estas não demonstram serem capazes para, de fato, superar as constantes violações a que nos referimos anteriormente. Motivo pelo qual torna-se necessário um estudo sobre a responsabilidade estatal e a possibilidade de responsabilização pela quebra de seu dever.

CAPÍTULO 3 DO NASCIMENTO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO.

O segundo capítulo será delimitado para realizar um estudo sobre o instituto da responsabilidade civil. Será preciso abordar os motivos ensejadores do dano moral para prosseguir com o tema da responsabilidade. Nesse sentido, ficara explicito que Estado nem sempre teve reconhecida sua responsabilidade, havendo um longo período até sua aceitação.

Preliminarmente, será realizada uma digressão histórica sobre as teorias que deram origem a responsabilidade civil, para dessa forma compreender a teoria objetiva, sendo o atual posicionamento adotado em nosso ordenamento jurídico.

Esclarecemos que a responsabilidade no âmbito jurídico significa a obrigação de indenizar e responder por seus atos, ou seja, quando alguém responsável comete algum ato que vai contra o ordenamento jurídico, deve responder por aquela conduta praticada.²⁶ A reparação civil se traduz no dever de reparar os prejuízos causados à vítima e se finda na indenização (MEIRELLES, 2016).

3.1 Considerações iniciais.

O vocábulo “responsabilidade” tem sua gênese do latim “*respondere*”, que traz a ideia de segurança ou retribuição pelo dano causado. A palavra indenizar é originada de *indene*, o que por seu turno é traduzida como livre de prejuízo.

Para Scatolino e Trindade (2016) a responsabilidade é resultado imposto pelo Direito pelo acontecimento de algum prejuízo. A responsabilidade, para Gonçalves (2016) está inserida em qualquer atividade que cause dano a alguém, pois ela possui como objetivo compensar o prejuízo causado por aquele que produziu o dano. Portanto, conclui que: “responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”. Logo a responsabilidade origina-se pelo incumprimento de um dever jurídico. Essa modalidade é chamada de responsabilidade extracontratual, pois não há uma conexão entre a vítima e o responsável pelo prejuízo. Já quando ocorre à violação de um dever ajustado pelas partes, é classificado como responsabilidade contratual, porquanto se dá pela vontade das partes.

²⁶Dicionário Virtual. Disponível em: ><http://www.direitovirtual.com.br/content/responsabilidade/135291>< acessado em 04 de nov. de 2018

À vista disso, causado o dano nasce para a vítima o direito subjetivo de reparação e para o responsável pelo dano eclode o dever de repará-lo, seja ele moral, material ou mesmo estético.

3.2 Dano moral.

O dano em sentido estrito é compreendido como o prejuízo causado ao patrimônio da vítima, sendo quantificado em dinheiro. O dano extrapatrimonial ou dano moral é entendido como aquele que ofende os direitos da personalidade da vítima, tais como o direito à imagem, à dignidade, à honra, ao nome (GONÇALVES, 2016).

O dano extrapatrimonial estudado será o dano ao artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que, conforme dito anteriormente, ergueu o princípio da dignidade da pessoa humana à fundamentação do Estado Democrático de Direito. Ao dar tamanha importância ao princípio o constituinte optou por uma filosofia humanista e ao garantir o direito à reparação, efetivou a proteção a pessoa (NADER, 2016). Nesse seguimento, o dano extrapatrimonial somente será configurado caso a conduta do ofensor afetar a dignidade inerente à pessoa.

O dano moral, por situar-se na esfera da personalidade do agente possui presunção absoluta, não sendo exigido sua comprovação, por exemplo, não há como um filho comprovar que sofreu pela morte de seu pai. Exige-se apenas a comprovação da conduta do ofensor e o nexo causal, o nexo entre a conduta e o dano sofrido (GONÇALVES, 2016).

Ademais, como na maior parte dos casos não é possível reparar o dano extrapatrimonial sofrido, a indenização possui como objetivo apenas realizar uma compensação da vítima pelo sofrimento causado, além de servir também como função punitiva, para desencorajar o responsável pelo dano, para não voltar a praticá-lo (GONÇALVES, 2016).

Sabendo que a responsabilidade é a consequência pelo prejuízo causado a outrem, neste tópico será realizada uma abordagem sobre a responsabilidade do Poder Público indenizar a vítima em razão de alguma ação ou omissão praticada, sendo, a indenização especificamente a título de danos morais.

3.3 Da origem histórica da responsabilidade civil.

A título de esclarecimento, é importante ressaltar que nossa doutrina não adota uma mesma terminologia para denominar as teorias que deram origem a responsabilidade estatal. Di Pietro (2011, p.644) afirma que: “por muito tempo prevaleceu à teoria da irresponsabilidade do Estado, sendo adotada na época dos Estados absolutos”. Nesse período o Estado possuía poder total, sendo considerado o próprio criador do Direito, portanto, não poderia ele violar as normas em razão de suas ações ou mesmo suas omissões, não sendo sua vontade e seus atos passíveis de contestação pelos súditos. Dada essa premissa, surgiram as conhecidas máximas de que o “rei não pode errar”, “o Estado sou eu” e, “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (DI PIETRO, 2011). Por consequência, se vigorava a máxima de que o rei não erra, não existia a possibilidade de indenizar por eventuais prejuízos.

Mesmo naquele período existiam exceções para essa regra, alguns Estados reconheciam a responsabilização quando existisse previsão legal expressa nesse sentido, ou mesmo quando ficasse comprovado a existência de prejuízo causado pela Administração Pública em sua atuação na iniciativa privada (MARINELA, 2016, p. 1.155).

Existiam várias justificativas que explicavam o impedimento de responsabilização do Estado, dentre elas o fundamento de que o ente estatal atuaria visando ao interesse de todos, portanto, seria vedada sua responsabilização, ou mesmo em razão de supremacia de seus interesses (MEDAUAR, 2018, p. 356).

É factível observar que, inicialmente, em virtude de sua superioridade frente ao cidadão era negada qualquer viabilidade de responsabilização de sua conduta, argumentando que representaria o próprio Direito. Apesar disso, devido a arbitrariedade com que eram tratados os cidadãos, aos poucos essa teoria foi sendo relativizada até ser por total abandonada. Isso ocorreu devido ao progresso no reconhecimento direitos dos indivíduos diante do Estado e com a propagação da concepção de que o Estado estaria subordinado ao direito (MEDAUAR, 2018, p. 356).

3.4 Das teorias civilistas: dos atos de gestão e atos de império.

Superada a teoria, acima mencionada, o Estado teve alicerçada sua responsabilidade no direito civil, nesse período eram aplicados os mesmos requisitos exigidos do particular para configuração da responsabilidade. Portanto, era necessário o exame e verificação do elemento subjetivo (intenção do agente) para ser ou não configurada a responsabilidade da Administração.

Para a teoria civilista a necessidade de responsabilizar o Estado por suas condutas surgiu devido as constantes injustiças praticadas por ele, portanto, a teoria anterior ficou-se obsoleta (DI PIETRO, 2011). Continuando, a doutrinadora explica que em uma primeira divisão a teoria citada procurava distinguir as condutas do Estado em atos de império e atos de gestão, buscando determinar quais eram os atos passíveis de responsabilização.

A primeira, referente aos atos de império dizia respeito aos atos realizados pelo ente estatal quando utilizava de todas as atribuições e benefícios que lhe eram naturais, sendo seus atos subordinados por um direito especial, originados do poder do soberano (DI PIETRO, 2011). Era, portanto, a supremacia do poder do soberano frente ao cidadão. O segundo, era conhecido como atos de gestão, pois, o Estado ao praticar determinados atos acabava por realizar atividade equiparada aos dos particulares e, em razão disso, respondia por seus atos, contanto que comprovasse a culpa na conduta funcionário, sendo para isso aplicado o direito comum (MEDAUAR, 2018, p.356).

Com a teoria civilista, passou-se a admitir a responsabilização estatal quando ficasse certificado a prática dos atos de gestão e “afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império”, causando a diferenciação da pessoa do rei (que nunca erra), da pessoa do Estado, que praticava os atos de gestão (DI PIETRO, 2011).

Para Scatolino e Trindade (2016, p. 853), a teoria civilista logo perdeu lugar devido a inviabilidade de separar as ações praticadas pelo Estado, pois este é um só. Nesse sentido, a segunda concepção (teoria da culpa civil), também no âmbito civilista não questionava qual a natureza do ato, agora, nas palavras de Pereira (2013): “equiparavam-se, com base na lei civil, Estado e particular. Exigia-se, no entanto, a prova da culpa ou do dolo do agente público”.

Corroborando a ideia, a teoria da culpa civil seria alicerçada no objetivo do agente, onde o Estado seria responsabilizado sendo prescindível a previsão legal (CARVALHO, 2017, p.338). Para configuração dessa responsabilidade, deveria restar preenchidos quatro requisitos, sendo eles: a conduta do agente; o dano, o nexo causal e a culpa ou o dolo (MARINELA, 2016, p. 1.156).

Para a autora, os requisitos enumerados acima são indispensáveis e cumulativos, e na ausência de qualquer dos elementos, pode gerar a exclusão da responsabilidade. Denota-se que tanto a conduta dolosa quanto a conduta culposa eram passíveis de responsabilidade, pois decorria da obrigação de indenizar devido a prática de suas condutas, podendo tanto ser na modalidade culposa, quando o agente age com negligência, imperícia ou imprudência, ou dolosa, quando o agente possui a intenção de praticar o dano, ou assumir os riscos (CARVALHO, 2017, pp.338/339).

A conduta culposa representa atos necessariamente ilícitos, haja vista que a administração somente pode realizar condutas permitidas pelo legislador, portanto, se não age da forma necessária, está por consequência descumprindo uma obrigação legal (MARINELA, 2016, p. 1.156).

3.5 Da teoria publicista: da culpa do serviço/culpa anônima.

A origem da teoria publicista teve como marco o famoso caso Blanco, em 1873, dando origem a teoria da culpa do serviço. Esse caso dizia respeito a uma ação movida pelo pai de Agnes Blanco, que tinha sido atropelada por um trem de uma concessionária francesa. A questão do caso piloto dizia respeito a qual direito deveria ser aplicado ao caso, o privado ou o público (administrativo). O pai da criança suscitou conflito perante o Tribunal de Conflitos Francês, o qual, ao final, determinou-se que o ente estatal deveria responder com base nos princípios aplicados ao direito administrativo, e não com base na legislação civil (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 854).

Esse caso foi de grande relevância, sendo pacífico dentre os doutrinadores sua importância para a teoria publicista e também para o embasamento da teoria da responsabilidade do Estado com base no direito administrativo, pois foi reconhecido que o Estado seria obrigada a responder de forma mais intensa por seus atos, tendo a corte francesa admitido a responsabilização independente da atividade estar sendo prestada pelo ente estatal, pois no caso, tratava-se um serviço público prestado por uma concessionária (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 854).

A teoria da culpa do serviço objetivava romper a responsabilidade da ideia de culpa do servidor, propondo que a culpa seja do serviço prestado e não daquele que o prestou. Através da admissão da teoria da culpa do serviço, ficou legitimada a falha

do serviço como uma forma de incidência da responsabilidade do Estado independente da identificação elemento culpa ou dolo na conduta do funcionário.

Desse modo, enquanto o agente é responsabilizado por sua conduta culposa ou dolosa, o Estado responderá sempre que prestar de forma ineficiente ou indevida o serviço (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 854). O administrado, portanto, deveria comprovar apenas que o serviço foi mal prestado, ou realizado de forma ineficiente, para que seja possível a responsabilização do Estado. Em razão da permanência da dificuldade de comprovar a responsabilidade, haviam casos pontuais nos quais presumia-se a culpa do Estado, o era denominado de culpa presumida, prescindindo da comprovação pela vítima (MARINELA, 2016, p.1.157).

Prosseguindo, a teoria seria embasada na responsabilidade subjetiva decorrente de atos ilícitos, sendo imprescindível a comprovação do elemento subjetivo, pois, a culpa administrativa refere-se ao prognóstico do Estado ter atuado de forma negligente, imprudente ou imperita (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 854). Deve ainda, responder apenas pelas condutas ilícitas, não sendo aplicadas aos casos em que há prejuízo em decorrência de atos lícitos (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 854). A teoria da culpa do serviço também é chamada de culpa anônima, pois é desnecessária a identificação do agente público que praticou o ato.

3.6 Teoria responsabilidade objetiva do Estado: teorias do risco integral e risco administrativo.

Posteriormente foi formada a teoria do risco administrativo, por sua vez, possuía raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789²⁷. De forma resumida, Di Pietro (2011), explica que para essa teoria, todos seriam igualmente responsáveis pelos encargos sociais e como os benefícios são repartidos por todos, os prejuízos também deveriam ser. Em razão disso, o Estado deveria indenizar caso um cidadão sofresse prejuízos maiores do que os sofridos pelas demais pessoas. Tendo por fundamento a repartição dos benefícios e encargos (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 855).

Scatolino e Trindade (2016, pp. 855/856) explica que existe divergência na doutrina sobre a teoria objetiva, tendo alguns doutrinadores subdividindo a teoria em teoria

²⁷ Art. 13: Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

do risco integral e do risco administrativo. A primeira, não é necessária a constatação da culpa ou dolo, equivalendo a culpa objetiva, podendo, inclusive, decorrer de atos lícitos. Essa teoria é embasada na teoria do risco, pois o Estado ao prestar certa atividade deve incumbir-se dos prejuízos causados. O risco administrativo responsabiliza o Estado pelos prejuízos causados, admitindo, contudo, a exclusão mediante a comprovação de causas excludentes de responsabilidade.

A partir da teoria objetiva a culpa é sobreposta pelo nexos de causalidade, sendo indiferente se o serviço foi fornecido de forma correta ou não, bastando o preenchimento dos pressupostos anteriores, apenas sendo excluído o elemento subjetivo.

Logo, Di Pietro (2011) elucida que, o Estado responde tanto se conduta for lícita ou ilícita. Para teoria não é necessária realizar a análise do elemento subjetivo em razão do Estado possuir presumidamente um risco inerente a sua atividade desse modo, comprovado o dano este deve indenizar o prejudicado.

Quando for adotada a teoria do risco administrado haverá a possibilidade de elidir o nexos causal. Conforme explanado, sendo o nexos causal um dos requisitos primordiais para a formação da responsabilidade, as causas excludentes de ilicitude são alegadas visando romper esse liame. Em regra, seu reconhecimento elimina a responsabilização daquele que causou o dano.

Para aqueles que adotam a teoria do risco integral, sua configuração depende apenas da comprovação de dois elementos: o dano e nexos de causalidade. Portanto, defende-se que as causas que afastam a ilicitude não seriam aplicadas no caso de responsabilização do Estado. O Estado seria praticamente um garantidor universal.

Entretanto, a Suprema Corte Brasileira já se decidiu no sentido de ser possível o conhecimento das causas excludentes de ilicitude diminuir ou excluir a responsabilização do Estado²⁸, portanto, concluímos que a teoria adotada em nosso ordenamento jurídico é a teoria do risco administrativo e, excepcionalmente, é adotada a teoria do risco integral, como nos casos de dano ambiental.

3.7 Da responsabilidade aquiliana do Estado com base nas constituições brasileiras.

De início destacamos que a teoria da irresponsabilidade não chegou a ser reconhecida pelo sistema jurídico pátrio. As primeiras constituições ao preverem

²⁸ STF. Ag. Reg. no agravo de instrumento AI-Agr 636814 DF. Julgado em 22/05/07. Disponível em ><https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757127/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-636814-df><. Acessado em 30 de nov. 2018

expressamente a responsabilidade foram as de 1824 e 1891, as quais diziam respeito a responsabilidade dos funcionários e não precisamente do Estado.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, contemplava a responsabilidade civil em seu artigo 179, inciso XXIX, ao prever que: “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”.

Posteriormente, a responsabilidade civil dos agentes estatais foi novamente confirmada através da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, em seu artigo 82, o qual previa que: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

Naquele período, Di Pietro (2011) assevera que, mesmo que não existisse a responsabilidade expressa na constituição, as leis ordinárias já dispunham sobre a responsabilidade solidária do ente estatal nos casos abuso ou omissão praticado por seus funcionários. Inclusive, apenas com o advento do Código Civil de 1916 o sistema jurídico brasileiro reconheceu a teoria civilista da responsabilidade subjetiva.

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Dando seguimento, as Constituições de 1934 e 1937, acolheram em seus artigos 171 e 158, respectivamente, a responsabilidade solidária entre o funcionário e o Estado, ao dispor que: “os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”. Nessa espécie ainda existia a necessidade de verificação da intenção do funcionário (elemento subjetivo). A teoria da responsabilidade objetiva somente foi utilizada no Brasil com a promulgação da Constituição de 1946, em seu artigo 194, o qual dispunha que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. A Constituição de 1967, criada durante o regime militar, de igual forma repetiu a mesma previsão legal, acrescentando a expressão “que cabe ação regressiva em caso de culpa ou dolo”. Por fim, nossa atual CF/88, aperfeiçoou tal determinação, em seu artigo 37, §6º:

Art. 36, §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A teoria da responsabilidade objetiva, possui três requisitos necessários, a conduta, o prejuízo sofrido e o nexo causal entre a conduta e o dano (MARINELA. 2016, p.1.158). Como denota-se, para a atual teoria foi excluído o elemento subjetivo. Tornando-se evidente que quando estiver diante da responsabilidade objetiva o Estado deverá responder independente da natureza lícita ou ilícita do ato.

Conforme vimos no decorrer deste capítulo o Estado, a princípio, não era responsabilizado por seus atos, tendo em vista que representava o próprio direito em si. Ao passar do tempo foi-se aceitando sua responsabilidade em atos específicos, quando o Estado era comparado ao próprio cidadão. Ultrapassada essa teoria, foi adotada a teoria da responsabilidade subjetiva, onde deveria ficar comprovada a configuração do dolo ou culpa para que a responsabilidade chegasse ao ente estatal. Por fim, verificamos que, usualmente, o Brasil aplica a teoria objetiva, não sendo necessária a análise de culpa ou dolo, bastando simplesmente a configuração do dano e o nexo causal.

3.8 Dos elementos da responsabilização: conduta, dano e nexo causal.

O artigo 37, §6º da CF, determina os requisitos exigidos para sua configuração da responsabilidade extracontratual do ente estatal, sendo eles: a conduta (seja ela lícita ou ilícita), o dano e o nexo de causalidade.

As pessoas que podem praticar essa conduta são: o Estado, seus agentes ou particulares atuando em nome da Administração. A primeira refere-se a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e às fundações públicas de natureza autárquica (CARVALHO FILHO, 2012). As pessoas de direito privado prestadoras de serviços público é inovação de nossa atual Constituição Federal de 1988²⁹. É importante esclarecer que a expressão “agente público” deve ser interpretada de forma ampla, compreendendo qualquer forma de vínculo funcional.

²⁹ As pessoas de direito privado são compreendidas como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado, quando se dedicam à prestação de serviços públicos, e os concessionários e os permissionários de serviço público.

Sendo assim, a conduta deve ser evidenciada pela vítima, devendo esta demonstrar que agente público praticou o ato em razão de sua função ou atuando nessa qualidade. Basta que o agente público atue nessa qualidade, não importando se atuou dentro de suas funções. Importante que devido a teoria da responsabilidade objetiva, a conduta do agente pode ser tanto lícita quanto ilícita, bastando que existe uma conexão entre a conduta e o prejuízo efetivamente sofrido.

O prejuízo também deve ser demonstrado pela vítima, precisando ser um direito protegido pelo ordenamento jurídico. Não podendo ser um dano genérico, que atinja toda a população, ao menos deve atingir um grupo determinado de pessoas. O dano também deve ser anormal, meros dissabores do dia a dia não são passíveis de indenização (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 862). Consoante dito anteriormente, tanto o dano material quanto o moral são passíveis de indenização.

Outro elemento importante diz respeito é o nexó causal entre ação ou omissão e o dano causado, deve existir um vínculo entre a conduta praticada e o prejuízo causado a vítima. Portanto, o nexó de causalidade acabou por substituir o elemento culpa entre os requisitos exigidos para configuração da responsabilidade, seja para comprovar os casos de condutas omissivas e comissivas.

3.9 Classificação da conduta

A responsabilidade, conforme tópico anterior prescinde da configuração da conduta, esta pode ser classificada como omissiva ou comissiva. A conduta comissiva refere-se quando o ente estatal age, pratica uma ação, e acaba por causar algum prejuízo à vítima. Já a responsabilidade por omissão é justamente quando ele, o Estado, deixa de praticar determinada ação, mesmo que esteja obrigado a fazê-lo e com isso causa o dano.

3.9.1 Da responsabilidade pela omissão estatal

Conforme visto o Estado, comumente, responde pelos danos que suas ações causem a terceiros, portanto, responde por sua ação. Não obstante, há doutrinadores que argumentam que a responsabilidade por ser objetiva abrange tanto as

ações quanto às omissões, devendo, o Estado, responde por todas as condutas de forma ampla. Outros argumentam que nesses a teoria aplicada seria a responsabilidade subjetiva, como é adotada por Maria Sylvia Di Pietro e Mateus Carvalho.

Para aqueles que adotam a teoria da culpa do serviço, em razão da desnecessidade de comprovar quem foi o agente público responsável, basta que o prejudicado comprove que o serviço não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal, tendo as duas primeiras ocorrido a omissão danosa (DI PIETRO, 2011). Já para Carvalho (2017, p.347) a grande parte dos doutrinadores concebe que o ato omissivo não está abrangido pela previsão §6º, do artigo 37 da CF/88. Haja vista que a conduta negativa de não fazer não acarretaria responsabilidade objetiva. Argumenta que em razão da implícita mensagem do constituinte de que “causar” remeteria a uma ação do agente e conseqüentemente não abrangeria omissões. Acrescenta que nesse caso, a jurisprudência entende pela adoção da teoria da responsabilidade subjetiva.

Em sentido contrário é a posição de Carvalho Filho (2012), o qual defende que o Estado causa prejuízos aos administrados tanto através de ações como de omissões, sem embargo, quando tratar-se de conduta omissiva é preciso diferenciar se esta gera o fato gerador da responsabilidade. Somente quando o Estado agir de forma omissa frente a um dever legal é que irá se configurar a responsabilidade. Omitir de um dever legal significa agir com culpa (através de negligência, imprudência e imperícia). O autor ensina que “o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a responsabilidade objetiva” (CARVALHO FILHO, 2012). Em razão disso não concorda plenamente com a aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão. De qualquer forma, concluiu que sempre incidirá a responsabilidade civil.

Por sua vez, Carvalho (2017, p.347), explica que a teoria subjetiva adotada nesses casos é a resultante da culpa do serviço ou culpa anônima. Relembrando, está desdobrada nos casos em que o há má prestação de serviço, serviço insuficiente ou ineficaz. Devendo ser confirmado dos quatro requisitos exigidos, sendo eles: a conduta omissiva do agente, devendo ser um ato omissivo ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa do serviço público. Para Scatolino e Trindade (2016, p.881) os que adotam a teoria subjetiva defendem que a vítima deve comprovar o dever do Estado em praticar determinado ato e o não cumprimento. O não cumprimento de um dever gera ato ilícito sendo o caso de responsabilização subjetiva. Logo, deve comprovar o prejuízo sofrido, a omissão e o nexo de causalidade entre a omissão e o dano.

O autor acrescenta que prestação do serviço hodiernamente é alicerçado na teoria da reserva do possível, o que quer dizer que, deve haver uma equivalência entre o serviço e o orçamento público. Por consequência, caso o serviço esteja sendo fornecido nos moldes considerados adequados ou padrão, não há responsabilidade. Adverte que apesar disso a reserva do possível não pode ser arguida para o ente estatal se exima da responsabilidade, devendo sempre respeitar o mínimo existencial. Dessa forma, deve-se examinar se seria viável ao ente estatal evitar a ocorrência do prejuízo, dentro da probabilidade orçamentária, para que assim, haja a responsabilidade (CARVALHO, 2017 p.348).

Por fim, sobre a teoria da responsabilidade extracontratual do estado por omissão e a teoria do risco criado, sendo nesta hipótese o próprio Estado possibilita situações que podem levar a ocorrência do prejuízo, através de ação positiva, sendo o caso da responsabilização objetiva do Estado. Um exemplo é quando presos fogem com regularidade de determinado presídio e nenhuma diligência é adotada pelo Estado. Destarte, ficando demonstrado que em razão omissão o Estado causar prejuízos aos seus administrados resultantes da prestação do serviço público, este deverá indenizar a vítima (CARVALHO, 2017 pp.348/349).

No mais, é importante trazer ao debate que nos cenários em que o Estado possui a posição de “garante” ou seja, é atribuído a ele o dever de cuidado e de garantir a integridade física de pessoas sob sua custódia, ele torna-se responsável objetivamente pelos danos causados.

3.9.2 Causas excludentes de responsabilidade

Para configuração da responsabilidade, em regra, é necessária a comprovação da conduta, dano e nexos causal, havendo a exclusão do último elemento poderá haver a isenção da responsabilidade (MEDAUAR, 2018, p.362). Em regra, as causas excludentes de ilicitude são: caso fortuito ou força maior, culpa da vítima ou ato exclusivo de terceiro (SCATOLINO; TRINDADE, 2016, p. 877).

A força maior é um evento inevitável, como terremotos, sendo, em regra causa excludente de ilicitude, por ser um evento da natureza. Já caso fortuito é ocorrência de um evento que não se pode prevê decorrente da culpa do homem (DI PIETRO, 2011, p.610).

Por outro lado, quando se tratar de culpa da vítima apenas se for realizada de forma exclusiva acarretará na exclusão da ilicitude, quando apenas o comportamento ou ação da vítima causarem o prejuízo. Quando a culpa for apenas concorrente poderá haver meramente uma atenuação da responsabilidade, mas não sua isenção.

Por fim, mesmo que mencionada a culpa de terceiro como causa excludente de ilicitude, em razão da previsão do artigo 734 do Código Civil³⁰, a única causa de exclusão da responsabilidade é quando ocorrer por motivo de força maior, não o caso fortuito adotada nesses casos (DI PIETRO, 2011).

3.9.3 Possibilidade de indenizar os presos pelos danos morais causados: Recurso Extraordinário nº 280.252 – MS.

Tamanha a omissão do Estado frente a dignidade dos encarcerados combinados com o constante descaso quanto a prática de medida voltadas para restauração dos presídios brasileiros, que assunto em questão chegou a ser analisado pela Suprema Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

O recurso extraordinário em questão foi realizado pela Defensoria Pública Estadual, em favor do reeducando A.N.S, condenado a 20 (vinte) anos de reclusão, o qual pleiteava o pagamento de pensão mensal, a título de reparação moral, em razão das condições desumanas a que estava submetido durante a execução de sua pena no estabelecimento penal de Corumbá/MS. A pensão deveria perdurar enquanto estivesse sofrendo danos. O reeducando argumentava³¹:

(...) que a superlotação carcerária lhe causa dano moral e que o requerido omite-se em construir mais unidades prisionais de modo a acomodar melhor a população de internos do sistema carcerário. O recorrente alega que há culpa do recorrido no molde de negligência por conta da dita omissão e que estaria nisto configurado ato ilícito.

Ficou demonstrado durante a instrução processual que durante uma vistoria da vigilância sanitária ficou constatado a existência de superlotação carcerária: “além de outros inúmeros problemas de higiene, havendo, outrossim, até o risco de transmissão

³⁰ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

³¹ Trecho retirado da petição do Procurador Geral do Estado do Mato Grosso do Sul Felipe Gimenez in STF. Agravo de Instrumento 2006.003179-7

de doenças, tendo determinado a adoção de providência para sanar tais deficiências”³². Mesmo devidamente comprovado que as circunstâncias em que o preso vivia ensejava a reparação por dano moral, o fato controverso restava na possibilidade do reeducando ser indenizado. A princípio, a ação foi julgada improcedente pelo juízo de Corumbá, o qual acolheu a alegação da defesa para utilização da teoria da reserva do possível.

De forma sucinta, essa teoria refere-se a casos em que é exigido do Estado a implantação e execução de políticas públicas, ou seja, exige a uma ação do Estado para que este preste o benefício exigido em favor de todos aqueles que estiverem na mesma situação. No caso, a ação exigida é para que o Estado preste toda a assistência aos presos e realize o pagamento da prestação pecuniária. Argumenta-se que essa ação somente é possível desde que respeitada a viabilidade do orçamento do erário, devendo ser realizados nos limites a razoabilidade e possibilidade. Portanto, a alegação era de que, realmente estava comprovada a responsabilização Estado, contudo, devido a teria da reserva do possível não seria possível indenizar o preso.

Contra a decisão A.N.S interpôs apelação, oportunidade pela qual a decisão foi reformada, tendo o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul fixado o valor da indenização em R\$2.000,00 (dois mil reais), contudo, este foi novamente reformado através do acórdão proferido nos embargos infringentes.

Contra o acórdão foi interposto o recurso extraordinário, no qual questão do caso versava sobre a possibilidade de o Estado indenizar, ou se era possível, a aplicação da reserva do possível. O Superior Tribunal de Federal entendeu por ser inaplicável a invocação da teoria em questão para negar aos encarcerados a indenização pelos danos morais sofridos mediante indenização individual em decorrência das violações praticadas pelo Estado, pois este dever é imposto pela própria constituição em seu §6º do artigo 37, que possui norma de eficácia imediata.

Nesse sentido o relator Ministro Teori Zavascki aduziu que a teoria da reserva do possível somente poderia ser reconhecida: “em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas”.

Ao final sugeriu a fixação da obrigação do Estado de reparar os prejuízos causados resultantes da insuficiência das condições legais dos presídios.

³² Trecho retirado do Voto do Ministro Teori Zavascki, no acórdão do RE 580.252.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”

Dando sequência, o Ministro Roberto Barroso confirmou a responsabilidade do Estado, contudo, divergiu do relator em relação à forma de realizar o ressarcimento do dano, por acreditar que a melhor hipótese seria através da reparação consistente na remição da pena do reeducando.

Proferidos todos os votos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, deram provimento ao recurso, contudo, adotaram a remição de pena como forma de indenização. A ministra Carmen Lúcia acompanhou os votos dos ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki para dar provimento ao recurso e reformar o acórdão proferido em sede de recurso de apelação, fixando a reparação no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) e os ministros Edson Fachin deram provimento para fins de reconhecer o direito a indenização moral nos moldes da inicial.

Por fim, conclui-se que a decisão do acórdão em questão confirmou a responsabilidade extracontratual do Estado substanciados por três motivos, sendo eles: por considerar que a norma prevista na CF/88 como norma de eficácia plena portanto incide a teoria da responsabilidade civil objetiva no presente casos, a segunda por entender ser inaplicável a alegação da teoria da reserva do possível frente a dignidade da pessoa; e por fim, o Estado não poderia se excluir da responsabilidade sob pena de perpetuar a atual situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fatos demonstrados ao longo do presente trabalho, podemos concluir que o sistema penitenciário brasileiro, em especial do Estado do Mato Grosso do Sul, em razão de sua alta taxa de aprisionamento está em estado deplorável devido à superlotação carcerária. Por consequência, os presos são submetidos a situações em total desacordo com seus direitos fundamentais e o que se entende por dignidade da pessoa humana, além de infringir tratados de direitos humanos em que o Brasil é signatário.

Concluiu-se que o caos das penitenciárias é o resultado das omissões dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, pois todos de certa forma se omitiram da gradual piora dos presídios, em especial o judiciário por priorizar a prisão, mesmo está devendo ser utilizada como a *ultima ratio*, ou seja, a última opção. Compreendemos que além da culpa dos poderes, a sociedade de um modo geral também contribui para o piora da situação em que os encarcerados são submetidos, uma vez que, é fato público e notório que estamos vivendo em um momento no qual os direitos humanos estão sendo drasticamente deturpados. O que entendemos por direitos humanos e dignidade da pessoa humana tornou-se seletivo, onde apenas aqueles que possuem determinado comportamento são merecedores de sua proteção, já àqueles que, de alguma forma quebraram o contrato social ao praticar determinada conduta, acabam por perder seu direito ao mínimo existencial. Essas pessoas que estão à margem da sociedade, terminam não merecendo a proteção e a garantia dos seus direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, pois, para grande parte da sociedade, estes são valores que não todos são merecedores, podendo ser excluídos pela conveniência.

Ou seja, os reeducandos na visão de certa parcela da sociedade não são dignos de qualquer proteção do Estado, se estão sobrevivendo em péssimas condições é porque são merecedores do mal que os assolam. Inclusive, mesmo com as condições dos presídios e o gigantesco déficit de vagas, não só do Estado do Mato Grosso do Sul, como também do Brasil, o atual governo propaga a criação de políticas públicas voltadas para o encarceramento, corroborando com os fatos apresentados. O fato é que, conforme bem mencionado pelo ministro Barroso em seu voto no Recurso Extraordinário n. 580.252 MS, o Brasil é o país que mais encarcera e nem por isso conseguiu reduzir o índice de criminalidade ou a taxa de reincidência, justamente por não

proporcionar a ressocialização do preso, o que, destaca-se, é um dos objetivos da Lei de Execução Penal.

Realmente, o atual cenário demonstra que os presídios há muito não ofertam o mínimo de condições estruturais para proporcionar aos detentos a efetivação de seus direitos à saúde, à alimentação e à assistência material, dentre outros. Todos esses aspectos acabam por prejudicar diretamente um dos objetivos principais da pena, qual seja: o seu aspecto ressocializador e, portanto, não propiciam que os presos retornem à sociedade. Atualmente, os presídios, são mais considerados escolas do crime do que local destinado a ressocialização e repressão de crimes.

Portanto, a violação dos direitos dos encarcerados está devidamente comprovada através do estudo realizado no capítulo 2 deste trabalho, através do qual se tornou nítida a calamidade do sistema prisional.

A situação dos presídios não é recente, tanto é que nos dois relatórios sobre vistorias nas unidades penais no Estado Mato Grosso do Sul, destaca-se, realizados no intervalo de cerca de sete anos, não demonstraram nenhuma mudança na situação, pelo contrário, a superlotação apenas aumentou. O que, por consequência, significa a piora da situação ora abordada.

Partindo na premissa de que o Estado é obrigado a realizar ações positivas no sentido de proporcionar aos encarcerados o respeito aos direitos previstos na lei de execução penal, e, obviamente, está descumprindo seu dever de cuidado a ponto de colocá-los em uma situação análoga a tortura e ao tratamento degradante, nasce o dever positivo, e a exigência de invocar a responsabilidade extracontratual do Estado como forma de minorar os danos morais sofridos ante a violação de um dos fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Através do capítulo três, conseguimos entender que a responsabilidade civil extracontratual do Estado está embasada em um mandamento constitucional, no caso em questão, a violação aos direitos fundamentais é patente, haja vista os presos são colocados em celas superlotadas, insalubres, sem ventilação, sem área para higiene e sem auxílio material, o que acaba, por consequência, atingindo sua dignidade e, portanto, o prejuízo causado torna-se passível de reparação.

Confirmando que os danos sofridos dão ensejo a indenização por danos morais a questão refere-se ao dever do Estado de indenizar. A partir dos dados levantados ao longo do capítulo 3, foi possível tomar conhecimento da grande evolução nas teorias de responsabilização do Estado, sendo a princípio necessária a comprovação

da culpa, do dano e do nexo de causalidade. Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 37, §6º) restou afastada a necessidade de culpa dos elementos necessários a comprovação do dever de indenizar, sendo necessária apenas a comprovação do dano, do nexo de causalidade com conduta praticada. Contudo, o constituinte não mencionou expressamente a responsabilidade nos casos de omissão, o que acabou por causar grande debate entre os doutrinadores e os juristas brasileiros.

Dando seguimento, no caso das penitenciais o Estado deve ser obrigado a indenizar, pois, conforme explanado anteriormente, o Estado é considerado garantidor desses indivíduos, ou seja, é seu o dever de propiciar aos encarcerados o mínimo para uma vida digna, já que os presos estão sob sua responsabilidade não sendo possível para ele, o encarcerado, obter os meios de forma independente. Desse modo, estando os presos cumprindo pena em condições consideradas desumanas, havendo o dano a dignidade da pessoa humana, o Estado deve indeniza-los na medida em que ficar comprovado o dano e o nexo causal. Portanto, nesse caso, o Estado responde objetivamente pelos danos sofridos em razão da omissão do dever de custódia dos presos.

Por fim, como última consideração, utilizamos desse espaço para destacar a necessidade de uma maior conscientização da população em geral para a importância de se garantir a todos, sem exceção, o respeito aos seus direitos, não pelas condutas práticas, ou pelas crenças pessoais ou ideológicas, mas sim pelo simples fato de que são seres humanos e a dignidade da pessoa humana ser algo inerente a sua existência, não devendo ser relativizado sob nenhuma circunstância.

Ao longo da história da humanidade já entendemos as consequências quando os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são violados ou relativizados quando se trata de pessoas marginalizadas de certa maneira. Em razão disso, cumpre a todos nós, como sociedade, não admitir, no momento em que vivemos um retrocesso a tal ponto que essa situação seja novamente repetida.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto

Execução penal: esquematizado. - 1. ed. São Paulo: Forense, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 254, mai. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: ><http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074><. Acesso em: 05 de janeiro de 2019.

BICUDO, Helio.

Direitos Humanos e sua proteção. São Paulo: FTD, 1999.

BRASIL. **Código Penal**, 07.12.1940. Brasília, 1940. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm< Acessado em 03 de junho de 2018, às 21h.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25.03.1824. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm< Acesso em 03 de junho de 2018, às 20h.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24.02.1891. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm< Acesso em 03 de junho de 2018, às 20h.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16.07.1934. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm< Acesso em 03 de junho de 2018, às 20h.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10.11.1937. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm< Acesso em 03 de junho de 2018, às 20h.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 19.09.1946. Brasília, 1946. Disponível em >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm< Acesso em 03 de junho de 2018, às 20h.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 03 de junho de 2018, às 20h.

BRASIL, **Lei de Execução Penal**, 11.07.1984. Brasília, 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm Acesso em 04 de junho de 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf Acesso em 05.11.2018.

BRASIL. Relatório Anual 2016-2017 / Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Organização: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. – Brasília, 2016.

CARVALHO FILHO, José do Santos.
Manual do direito administrativo – 25. ed. rev. Ampl e atual. Até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **GeoPresídios** - Quantidade de Presos - Tribunal Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul - 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acessado em 10 de janeiro de 2019.

CARVALHO, Matheus.
Manual de direito Administrativo – 4. Ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPO-DIVM, 2017.

CASADO FILHO, Napoleão.
Direitos humanos e fundamentais. – Vol. 57. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ricardo.
Direitos humanos – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

Disponível em: ><http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro>< Acessado em 20 de dezembro de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10.12.1948.

Disponível em: >https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf< Acessado em 02 de setembro de 2018, às 21h.

DE MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges.

A Genealogia da Noção de Direito Internacional. – Rio de Janeiro, vol. 33. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Publicado em julho de 2018. Disponível em ><http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/aGENEALOGIAdanocaodedireitointernacional.pdf>< Acessado em 31 de agosto de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella

Direito Administrativo. 24.ed. São Paulo: Atlas: 2011

FRAGOSO, Heleno.

Boletim 150, maio de 2005, Instituto Brasileiro de ciências criminais, disponível em: >https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/179-150-Maio-2005< Acessado em 10 de janeiro de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto.

Direito civil brasileiro: responsabilidade civil, v.4 – 11.ed: - São Paulo: Saraiva, 2016.

Institute for Criminal Policy Research. World Prison Population List.

Disponível em: >http://prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All< . Acesso em: 10 de agosto de 2017.

LOVATO, Ana Carolina; DUTRA, C. Marília.

Direitos Fundamentais e Direitos Humanos – Singularidades e Diferenças – XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – Santa Catarina, 2015.

MARCÃO, Renato

Execução penal. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda

Direito administrativo – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete

Direito Administrativo moderno. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018

MEIRELLES, Hely Lopes.

Direito administrativo brasileiro – 42. ed.atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

NADER, Paulo

Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAMOS, André de Carvalho.

Curso de direitos humanos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET Ingo, MARINONI Luiz, MITIDIERO Daniel.

Curso de direito constitucional. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João.

Manual de Direito Administrativo, Cap. XIII – 4.ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed.Juspodvm, 2016.

SÓFOCLES. **Antígona**; tradução de J. B de Melo e Souza. – Livro Digital, 2005. disponível em > <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>< acessado em 12 de dezembro de 2018, às 08h.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário 580252**. Disponível em: ><http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>< . Acesso em: 03 de junho

ANEXOS

ANEXO A – PORTARIA Nº 005/2012 DA VARA CRIMINAL DE PONTA PORÃ**Portaria nº 005/2012**

PATRICIA KELLING KARLOH, Juíza de Direito da Vara Criminal e de Execução Penal da Comarca de Ponta Porã, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 294 à 300 do Provimento nº 1, de 27 de janeiro de 2003 (Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul);

CONSIDERANDO a decisão indicando a interdição da Unidade Penal Ricardo Brandão em Ponta Porã, proferida nos autos de Pedido de Providência nº 0002805-39.2012.8.12.0019, interposto pelo Ministério Público Estadual, em razão da superlotação e a precariedade do prédio;

CONSIDERANDO a decisão proferida pela COVEP, constante da Ata da Quinta Reunião, recomendando a interdição até a efetivação da reforma e ampliação da unidade;

CONSIDERANDO a decisão proferida pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, Des. Alípio da Costa Felix, que nos termos do art. 296 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, aprovou a decretação de interdição do Estabelecimento Penal Ricardo Brandão, "ficando vedado o ingresso de novos presos no estabelecimento até que o número de homens seja reduzido a 300 (trezentos), nos termos da decisão da Magistrada";

RESOLVE:

Art. 1º Fica decretada a Interdição do Presídio Masculino Ricardo Brandão de Ponta Porã, até que o número de detentos retorne a, pelo menos, **300 homens**.

Art. 2º A interdição será mantida até a efetivação de reforma e ampliação da unidade.

Art. 3º. Os casos excepcionais serão decididos pela Magistrada.

ANEXO B – PORTARIA Nº 005 DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PONTA PORÃ



PODER JUDICIÁRIO DE MATO GROSSO DO SUL
Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã

Art. 4º Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação. Remetam-se cópias para à Unidade Prisional, Secretaria de Segurança Pública, AGEPEN, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar, Polícia Federal, Justiça Federal, COVER, bem como para a Corregedoria-Geral de Justiça.

P. R. C.

Ponta Porã, 21 de setembro de 2012.


Patrícia Kelling Karloh
Juíza de Direito